Série A. N° 82

UNIVERSITÉ DE STRASBOURG
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES POLITIQUES

DES CAUSES DE DIVORCE
ET DE
SÉPARATION DE CORPS
EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ COMPARÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT D'ÉTAT
(Sciences juridiques)
présentée et soutenue

PAR

Lucien CHÉRON
Lauréat de la Faculté de droit de Strasbourg
Attaché au Ministère de la Justice

JURY DE LA THÈSE :

Président : M. NAST, *professeur*
Suffragants : M. EISENMANN, *professeur*
M. CAMERLYNCK, *agrégé*

PARIS
LIBRAIRIE DALLOZ
11, RUE SOUFFLOT, 11
1934

Série A. N° 82

UNIVERSITÉ DE STRASBOURG
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES POLITIQUES

DES CAUSES DE DIVORCE
ET DE
SÉPARATION DE CORPS
EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ COMPARÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT D'ÉTAT
(Sciences juridiques)
présentée et soutenue

PAR

Lucien CHÉRON
Lauréat de la Faculté de droit de Strasbourg
Attaché au Ministère de la Justice

JURY DE LA THÈSE :

Président : M. NAST, *professeur*
Suffragants : M. EISENMANN, *professeur*
M. CAMERLYNCK, *agrégé*

PARIS
LIBRAIRIE DALLOZ
11, RUE SOUFFLOT, 11
1934

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les Thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

A la Mémoire de mon regretté Maitre

Monsieur le Professeur Eugène GAUDEMET

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548008_0042

DES CAUSES DE DIVORCE ET DE SÉPARATION DE CORPS

EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ COMPARÉ

INTRODUCTION

Il n'est peut-être pas, à l'heure présente, de question plus controversée, en droit international privé, que celle des conflits de lois en matière de divorce et de séparation de corps. En doctrine, elle a donné lieu aux thèses les plus diverses, où s'affrontent les droits de l'Etat, de la famille et de l'individu. En législation et en jurisprudence, on constate des divergences profondes entre les solutions admises dans les divers pays ; et il n'est pas rare que, dans un pays donné, les tribunaux soient hésitants et divisés quant aux solutions à donner aux problèmes très complexes que révèle la pratique. Depuis bien des années, ces difficultés ont défrayé les travaux des assemblées savantes et des congrès internationaux, tant dans le Nouveau Monde que dans la vieille Europe ; et il ne semble pas que les efforts tentés pour dégager, à cet égard, des principes universellement acceptés aient donné des résultats véritablement pratiques et durables.

Il y a sans doute quelque présomption à vouloir entreprendre à nouveau l'examen de ces conflits, qui ont déjà donné lieu à une littérature si considérable. Il nous a semblé pourtant qu'il y aurait intérêt à reprendre d'un point de vue critique tant d'idées, qui ont été émises en sens opposés, et à essayer de dégager, par éliminations successives, les principes qui nous semblent devoir dominer le débat, apportant ainsi notre contribution à l'étude d'un problème qui est plus que jamais d'actualité.

Nous avions tout d'abord songé, à une étude d'ensemble, englobant toutes les sortes de conflits qui peuvent s'élever en la matière. Mais sur les suggestions de notre regretté Maître, M. le professeur Gaudemet, qui avait bien voulu nous guider dans la préparation de ce travail, nous avons cru préférable de limiter, au moins provisoirement, notre effort, nous réservant de reprendre plus tard, les points dont il ne sera pas traité dans ce volume.

Ce que nous voulons spécialement étudier, ce sont les conflits de lois qui s'élèvent quant au droit au divorce, et quant aux causes pour lesquelles peuvent être prononcés le divorce ou la séparation de corps. Mais il ne sera pas question ici des conflits de compétence juridictionnelle (1). Du moins n'en sera-t-il traité que d'une façon incidente, à propos d'un système qui lie en cette matière, la question de fond et la question de compétence, ou encore au sujet de certains cas limites où l'on peut hésiter quant à la ligne de démarcation entre les conditions de fond du divorce ou de la séparation de corps et les conditions de forme ou de compétence.

De même nous avons renoncé, quant à présent, à étudier complètement les difficultés que soulèvent, en droit international, les effets du divorce ou de la séparation de corps, soit quant aux biens, soit quant aux personnes (2). Nous ne pourrons toutefois négliger entièrement cet ordre de questions, puisqu'il nous fournira des exemples pour apprécier la portée internationale des dissolutions de mariage prononcées dans un pays donné. Mais ce n'est pas l'objet propre de la présente monographie.

Même ainsi limité, le sujet présente les plus graves difficultés. Avant d'entreprendre leur examen, nous présenterons quelques observations qui permettront au lecteur de situer notre pro-

(1) V. à ce sujet notamment : *Répertoire de droit international privé*, t. V, v° *Divorce et séparation de corps*, par Degand, n° 153 à 213. — Boussus, *Divorce et séparation de corps des étrangers en France*, p. 15 et s. — Marguerite Richard-Prassinos, *Le divorce et la séparation de corps dans les principales législations contemporaines et la solution des conflits dans cette matière.* Thèse Paris, 1928 p. 206 et s.

(2) *Répert. eod. loc.*, n° 84 à 135.

blème dans les cadres généraux du droit comparé et du droit international. Nous préciserons également dans quel esprit et suivant quelles tendances nous nous proposons d'aborder l'étude de ces délicates questions.

* * *

L'origine même des difficultés auxquelles nous venons de faire allusion réside dans l'extrême diversité des législations internes en matière de divorce et de séparation de corps, diversité qui correspond à des conceptions plus ou moins évoluées quant au lien du mariage. Sans prétendre fournir ici un exposé complet de droit comparé sur ces institutions, exposé qui dépasserait le cadre de cet ouvrage, il n'est pas inutile, ne fût-ce que pour éclairer nos développements ultérieurs, d'établir à cet égard une sorte de classement des législations positives.

On peut établir un premier classement quant à l'existence même du droit au divorce ou à la séparation de corps.

Il est d'abord des législations qui, restées plus que d'autres attachées aux croyances catholiques, considèrent l'indissolubilité du mariage comme absolue : seule la séparation de corps est possible pour remédier, sans rupture du lien conjugal, à des situations devenues par trop intolérables. C'est le principe suivi en Italie, en Autriche en ce qui concerne les époux catholiques, et dans l'Etat libre d'Irlande (1) ; il en est de même dans plusieurs républiques de l'Amérique latine (Argentine, Brésil, Colombie, Chili) (2) ; enfin le Bas-Canada (3) et l'Etat de la Caroline du Sud aux Etats-Unis (4) refusent à leurs nationaux tout droit au divorce.

Un petit nombre de pays rejettent, par contre, la séparation de corps et n'admettent que le divorce ; c'est le cas notamment

(1) C. civ. ital., art. 150. — C. civ. autr., art. 111. — Irlande : loi modifiée de 1870, chap. 110.

(2) C. civ. argentin, art. 224. — C. civ. brésilien de 1916, art. 315. — C. civ. colombien, art. 154. — Loi chilienne, 10 janvier 1884.

(3) Code de 1866, art. 183.

(4) Kuhn, *La conception du droit international privé d'après la pratique et la doctrine aux Etats-Unis. Recueil des Cours de La Haye*, 1928, t. I, p. 240.

de la Roumanie (1), de la Grèce (2), et de la Russie soviétique (3).

Partout ailleurs les deux institutions existent simultanément comme en France (4) ; l'Espagne est à ranger dans cette catégorie depuis la loi récente du 2 mars 1932. Ajoutons que l'Allemagne (5) et la Serbie (6) nous paraissent également rentrer dans cette rubrique. La « suppression de la vie commune » *(Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft)* y est considérée comme conduisant au divorce ; ce n'en est pas moins une séparation de corps pouvant durer indéfiniment, mais pouvant aussi être convertie en divorce immédiat.

Notons en outre que, dans les pays de cette troisième catégorie, le droit d'obtenir la conversion de la séparation de corps en divorce est soumis à des modalités qui diffèrent suivant le pays dans lequel la conversion est demandée. Certains pays l'ignorent : en Angleterre, aux Etats-Unis, la séparation de corps

(1) C. civ., art. 211.

(2) Loi 2228, 24 juin-2 juillet 1920. *Ann.* 1922, p. 308.

(3) Code de la Famille, art. 18.

(4) a) *Législation européennes* :

Autriche : C. civ., art. 115 (divorce pour les non-catholiques seulement). — Belgique : C. civ., art. 229, 230. — Bulgarie : l. 21 mai 1917. — Danemark : l. 30 juin 1922. *Ann.* 1923, p. 255.— Espagne : l. 2 mars 1932. *Cl.* 1932, p. 1169.— Esthonie : l. 27 octobre 1922. — France : C. civ., art. 229, 230. — Grèce : l. 2 juillet 1920. *Ann.* 1922, p. 308. — Hongrie : l. 31 du 18 décembre 1894. *Ann.* 1894, p. 355. — Lettonie : l. 8 février 1921. — Monaco : l. 3 juillet 1907. *Cl.* 1908, p. 277 et 437. — Norvège : l. 31 mai 1918. *Ann.* 1918, p. 293. — Pays-Bas : C. civ., art. 264 à 266. — Pologne : l. 2 août 1926. V. *Répertoire*, t. VI, p. 658. — Portugal : décret 3 nov. 1910. *Ann.* 1910, p. 255. — Roumanie : C. civ., art. 211. — Suède : l. 11 juin 1920, art. 8. — Suisse : C. civ., art. 137. — Tchécoslovaquie : l. 22 mai 1919, art. 320. *Ann.* 1919, p. 199. — Turquie : C. civ., art. 129.

b) *Législations américaines d'origine latine* :

Cuba : l. 29 juillet 1918. *Cl.* 1919, p. 879. — Equateur : l. 3 octobre 1902. *Cl.* 1902, p. 213. — Guatemala, décret 12 février 1894. *Ann.* 1895, p. 960. — Mexique : C. civ. de 1919, art. 76. — San-Salvador : l. 19 avril 1902. *Ann.* 1907, p. 711. — Uruguay : l. 28 octobre 1907 et 6 septembre 1913 ; C. civ. 1914, art. 145 et s. — Venezuela : C. civ. 1916, art. 188.

c) *Législations d'inspiration anglo-saxonne* :

Angleterre : *Matrimonial causes Act* de 1857 et *Matrimonial Amendment Act* de 1923. — Nouvelle-Zélande : *Act* de 1908. — Victoria : *Marriage Act* de 1915. — Union Sud-Africaine : Droit coutumier ; v. Piérard, *Div. et sépar.*, t. III, p. 180. — Etats-Unis, presque tous les Etats.

(5) C. civ., art. 1565.

(6) C. civ., art. 94.

ne cessera que par un jugement de divorce basé sur des faits nouveaux. D'autres prévoient des délais : c'est ainsi que la loi hongroise de 1894 (art. 107) prévoit un délai de deux ans depuis la séparation, alors qu'en Allemagne aucun délai n'est exigé. Par ailleurs, si dans certains pays, la conversion peut être demandée par l'un ou l'autre époux (1), par contre, d'autres exigent l'accord préalable des époux (2).

Les législations que nous venons d'examiner peuvent encore faire l'objet d'un deuxième classement, fondé sur la diversité des causes de divorce et de séparation de corps.

Certains pays n'admettent le divorce ou la séparation de corps que pour des fautes limitativement énumérées par la loi ; par exemple, dans le droit anglais, l'adultère de l'un des époux est l'unique cause de divorce ; le droit de l'Equateur est encore plus restrictif : l'adultère du mari n'est qu'une cause de séparation de corps ; seul l'adultère de la femme est une cause de divorce au profit du mari.

D'autres permettent soit le divorce et la séparation de corps, soit la séparation de corps non seulement pour des fautes, mais également pour des faits, qui indépendamment de toute idée de faute, rendent la vie commune intolérable ; ce sont les maladies sexuelles (3), contagieuses ou incurables (4), nerveuses (5), l'impuissance ou la stérilité (6), l'ivro-

(1) Suisse : Code civil, art. 147. — France : Code civil, art. 310. — Portugal : l. 3 novembre 1910, art. 46. — Venezuela : Code civil, art. 199.

(2) Hollande : Code civil, art. 256. — Au Danemark, l'accord est exigé si la séparation dure depuis moins de deux ans et six mois, l. 30 juin 1922, art. 54.

(3) Norvège : l. du 31 mai 1918, art. 49. — Suède : l. 11 juin 1920, art. 9. — Danemark : l. 30 juin 1922, art. 60. — Mexique : Code civil, art. 227, modifié par l'art. 76 de la loi sur les relations familiales. — Cuba : l. 29 juillet 1918, art. 3. — Monaco, Ordonnance du 3 juillet 1907, art. 5. — Espagne : l. 2 mars 1932, art. 3-9.

(4) Esthonie : l. 27 octobre 1922, art. 26. — Espagne : *loc. cit.* — Portugal : l. 3 novembre 1910, art. 4-10°. — Autriche : C. civ., art. 109. — Lettonie : l. 18 février 1921, art. 45.

(5) Tchécoslovaquie : l. 22 mai 1919, art. 13 g.

(6) Mexique : C. civ., art. 227. — Lettonie : l. 18 février 1921, art. 47. — Esthonie : l. 27 octobre 1922, art. 25.

gnerie (1), l'abus des stupéfiants (2), l'aliénation mentale (3).

Quelques législations autorisent la dissolution du mariage ou à sa suspension par le consentement mutuel, la procédure étant entourée de difficultés plus ou moins grandes. La séparation de corps a lieu tantôt par simple convention (séparation conventionnelle anglo-américaine), tantôt sous contrôle judiciaire (4). Quant au divorce par consentement mutuel, certaines législations l'entourent de difficultés considérables (5) ; d'autres exigent un stable préalable plus ou moins long de séparation (6) et d'autres autorisent son prononcé immédiat (7).

Enfin la législation de la Russie soviétique a complètement aboli le divorce judiciaire et l'autorise sans formalités et sans délai, soit à la requête des deux parties, soit par répudiation unilatérale, l'officier de l'état civil étant seul compétent pour le prononcer (8).

* * *

L'évolution divergente des doctrines et des idées en matière de statut personnel et plus spécialement de divorce, explique

(1) Mexique : C. civ., art. 227. — De nombreux Etats de l'Amérique du Nord, Australie occidentale : l. n° 7 de 1912. — Colombie : C. civ., art. 154. — Cuba : l. 29 juillet 1918, art. 3-7°. — Suède : l. 11 juin 1920, art. 12.

(2) Pays scandinaves, et certains Etats de l'Amérique du Nord.

(3) Allemagne : C. civ., art. 1569. — Suisse : C. civ., art. 141. — Grèce : l. 24 juin-2 juillet 1920, art. 6. — Portugal : l. 3 novembre 1910, art. 4-7°.

(4) Autriche : C. civ., art. 103 et s., 133 et s. — Italie : C. civ., art. 158. — Pays-Bas : C. civ., art. 291 et s. — Tchécoslovaquie : l. 22 mai 1919, art. 13, 15, 16.

(5) Belgique : C. civ., art. 233. — Luxembourg : C. civ., art. 233. — Roumanie : C. civ., art. 254 et s.

(6) Suède : l. 11 juin 1920, art. 3. — Norvège : l. 31 mai 1918, art. 44. — Danemark : l. 30 juin 1922, art. 54. — Portugal : l. 3 novembre 1910, art. 35 et s. — Cuba : l. 29 juillet 1918, art. 33. — Espagne : l. 1932, art. 2, 65, 66. — Mexique : l. sur les relations familiales, art. 82 et s. — San-Salvador : C. civ., art. 148.

(7) Lettonie : l. 18 février 1921, art. 49, 51. — Esthonie : l. 27 octobre 1922, art. 30. — U. R. S. S. : C. de la famille 1926, art. 1er. — Equateur : l. 1er janvier 1903, art. 22. — Guatemala : l. du 12 février 1894, art. 2. — Uruguay : C. civ., art. 187.

(8) Art. 19 : Code de la R. S. F. R. S. — V. Makarov : *Droit international privé soviétique. Rec. des cours de La Haye*, 1931, t. I, p. 570 et s. — Une législation analogue existe dans l'Etat de Yucatan (L. 2 avril 1923) au Mexique : V. d'Ardenne de Tizac : *Gaz. des Tribunaux*, 15 mars 1925. *Rev.*, 1932, p. 707.

en partie la complexité des conflits de lois dont nous nous préoccuperons dans cet ouvrage. Aussi nous semble-t-il indispensable, avant d'en entreprendre l'examen, de donner dès notre introduction, un aperçu historique de cette évolution et de dégager ainsi les origines des conceptions qui se font jour dans les législations des divers pays et des controverses assez vives auxquelles elles donnent lieu tant au cours des travaux préparatoires de conventions internationales que dans l'abondante littérature juridique déjà parue sur la question.

L'ancienne doctrine des statuts ne nous apporte aucun précédent direct ; en effet les tribunaux ecclésiastiques, qui jusqu'au XVI^e^ siècle étaient seuls compétents en cette matière, appliquaient aux « causes matrimoniales » uniquement le droit canonique, commun à tous les peuples du monde chrétien ; il est évident que cette uniformité de législation ne laissait place à aucun conflit de lois. La notion du mariage-sacrement et de son indissolubilité était presque absolue ; il existait au plus un seul tempérament, le « *divortium a toro* », séparation de corps et d'habitation, prononcée par le juge d'Eglise pour des causes déterminées avec plus ou moins de précision, mais en tout cas inspirées du canon VIII du Concile de Trente, donc les mêmes pour tous, indépendamment de toute considération de domicile. Quant aux coutumes rédigées, elles ne contenaient aucune disposition concernant le lien personnel du mariage (1).

Au XVI^e^ siècle, deux faits surviennent dont on pourrait croire qu'ils sont de nature à mettre fin à cette unité. Il n'en est rien. En effet, si l'intervention du pouvoir temporel commence à se manifester avec vigueur et à se répercuter dans la jurisprudence des Parlements, ce n'est que pour reprendre au détriment des officialités et au bénéfice des tribunaux séculiers la compétence de l'Eglise jusqu'alors indiscutée pour les causes ayant trait au droit matrimonial. Peu à peu, les juridictions royales étendent leur compétence (2), à la séparation de corps, puis à la

(1) LEFEBVRE, *Histoire du droit matrimonial*, p. 258. — BRISSAUD, *Manuel d'Histoire du Droit Privé*, p. 68.

(2) Sur cette emprise progressive, voir BASDEVANT, *Des rapports de l'Eglise*

séparation d'habitation, tant et si bien que Pothier écrit au XVIII[e] siècle dans son ouvrage sur le contrat de mariage que la compétence du juge séculier est incontestée (1). Mais il importe essentiellement de noter que les tribunaux laïcs n'ont fait en ce qui concerne les causes de la séparation de corps, que suivre les principes du droit canonique, sauf à s'en écarter quelque peu (2).

Les dissidences religieuses qui s'affirment vers la même époque ont également pour conséquence de porter atteinte aux prérogatives de l'Eglise, en restreignant ses attributions. Il se créa avec la Réforme un « *jus ecclesiasticum protestantium* » (3) nettement distinct du droit canonique traditionnel, rejetant la conception du mariage-sacrement et admettant avec des divergences le divorce, notamment au cas d'adultère de la femme. Le contrôle du mariage des protestants et de sa dissolution échappe à l'Eglise et appartient désormais, soit aux juridictions royales, soit à des tribunaux matrimoniaux réformistes comme à Strasbourg depuis une ordonnance du 16 décembre 1529 (4). Quant aux Juifs, une tolérance existe depuis longtemps, en vertu de laquelle ils peuvent se marier ou divorcer suivant le droit hébraïque. Il en était ainsi tout spécialement en Alsace.

En résumé, on peut donc affirmer que, jusqu'à la fin de la monarchie, la détermination des règles du droit matrimonial n'a été qu'une question de religion et jamais une question de statut civil : tout ce qui avait rapport au mariage faisait partie, non pas du statut personnel, qui était surtout relatif aux questions de capacité, mais du statut religieux qui ignorait toute distinction eu égard au domicile ou à l'origine des individus.

et de l'Etat dans la législation du mariage au Concile de Trente au Code civil, p. 144.

(1) POTHIER, *Du contrat de mariage*, n° 518.

(2) Par exemple, la jurisprudence du Parlement n'admet pas la séparation pour cause d'adultère du mari, contrairement aux solutions des juridictions ecclésiastiques.

(3) BOEHMER, *Jus protestantium*, Halle, 1714.

(4) WENDEL, *Le mariage à Strasbourg à l'époque de la Réforme*, p. 76 et s.

Cette conception avait nécessairement comme corollaire l'inexistence absolue des conflits de lois dont nous avons aujourd'hui à connaître en raison de la sécularisation du mariage.

C'est avec la Révolution que le mariage a cessé, du fait de sa laïcisation, d'appartenir au droit religieux. Par une loi du 20 septembre 1792, l'Assemblée législative admit le principe du mariage contrat civil, puis celui du divorce (1).

Laïc, le droit matrimonial allait tout naturellement devenir matière du statut personnel et être traité de la même façon que les questions d'état des personnes. Or quelle loi régissait à cette époque l'état et la capacité des personnes ? A cette question qui n'avait guère été posée qu'au sujet de la capacité générale ou spéciale (2), les dissertateurs de la théorie des Statuts avaient toujours répondu : « La loi du domicile », en donnant à l'appui de leur thèse des arguments d'ailleurs différents (3). Dans la première école italienne, on l'avait adoptée pour des raisons de dignité et de justice. Quand cette doctrine passa en France, on la justifia par le motif que la loi du domicile connaissait mieux que nulle autre les mœurs et conditions de la personne qui lui était sujette (4). D'Argentré, bien que partisan de l'absolue territorialité des coutumes, n'osa rejeter cet axiome si profondément ancré dans les usages et fit valoir que, le domicile étant le point d'attache stable de la personne, on devait, en cas de conflit, faire appel à la loi de son domicile, où elle était fictivement réputée située. Enfin les statutaires hollandais malgré leur fidélité au principe de la territorialité absolue des lois admirent, par pure courtoisie, en matière d'état et de capacité, l'application extra-territoriale de la loi du domicile.

Les jurisconsultes de la doctrine traditionnelle, que nous venons d'exposer sommairement, admirent pendant des siècles

(1) Olivier Martin, *La crise du mariage dans la législation intermédiaire*, 1789-1804, p. 70.

(2) Cassin, *La nouvelle conception du domicile dans le règlement des conflits de lois. Recueil des cours de La Haye*, 1930, t. IV, p. 70.

(3) Voir à ce sujet Lainé, *Introduction au droit international privé*, p. 117 et s.

(4) Bouvot, cité par Lainé, *op. cit.*, p. 123.

que l'état et la capacité des personnes devaient être régis par la loi du domicile actuel, et que, par voie de conséquence, ils changeaient avec chaque déplacement du domicile. Ce n'est qu'au XVIII^e siècle que certains auteurs français, notamment Froland, Boullenois et Bouhier (1), s'avisèrent de penser qu'il était à la fois choquant et injuste de faire varier l'état ou la capacité d'un individu avec le domicile. Partis de cette idée, ils en arrivèrent à cette conclusion que la loi du domicile d'origine devait suivre l'individu malgré ses déplacements ultérieurs.

Ainsi, alors que l'unité législative était à la veille d'être réalisée en France par la codification, le symbole du statut personnel n'était déjà plus la loi du domicile actuel, mais bien la loi du domicile d'origine, notion nouvelle, proche parente de celle de nationalité que le Code civil allait adopter.

En définitive et pour tirer une conclusion de ces quelques observations sur l'Ancien Droit, nous croyons pouvoir affirmer que les auteurs qui préconisent aujourd'hui, dans les conflits de lois en matière de divorce et de séparation de corps, le prétendu retour à la loi du domicile, ne peuvent trouver aucun précédent historique en faveur de leur thèse. En effet, d'une part, le statut matrimonial de l'ancienne France était avant tout un statut religieux, commun à tous les fidèles appartenant à la même religion ; il y avait en quelque sorte en la matière, une véritable internationalisation religieuse du droit de mariage. D'autre part, quand ce droit sécularisé est devenu partie intégrante du statut personnel, l'état et la capacité des personnes étaient de plus en plus soumis à la loi du domicile originaire, notion qui s'écartait nettement de celle de la loi du domicile actuel et qui se rapprochait singulièrement de celle de loi de la patrie, autrement dit de la notion de loi nationale, que les peuples adoptèrent, comme nous allons le voir tout à l'heure, dès que l'unité législative se réalisa.

(1) FROLAND, *Mémoire sur les statuts*, p. 1581. — BOULLENOIS, *Démission de biens*, p. 135 ; *Dissertation sur les questions mixtes*, p. 40 et s. — BOUHIER, *Observation sur la coutume de Bourgogne*, chap. 22, n^os 6 et s.

* * *

Le système de solution des conflits de lois basé sur la nationalité s'est développé au cours du XIXe siècle d'une façon prodigieuse. Sous l'influence de l'école de la personnalité du droit, il a été peu à peu adopté par la plupart des législations européennes.

Ce fut tout d'abord la promulgation du Code civil dont l'article 3, al. 3, dispose que « les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français même résidant en pays étranger ».

Les rédacteurs du Code civil, en consacrant le critère de la nationalité, ont accompli une réforme qui était en germe à la fin de l'ancien droit français (1). Le texte, qui ne visait que le Français à l'étranger, fut, dans un esprit de réciprocité et de justice, et en vertu de l'idée que la loi nationale est la plus apte à protéger l'individu dans son état et sa capacité (2), étendu par la jurisprudence, après quelques hésitations toutefois et même des revirements (3), à l'étranger domicilié en France.

La nouvelle école italienne de Mancini (4), donna une nouvelle impulsion au système de la loi nationale en posant le principe que les lois, étant faites pour les personnes, doivent avoir sous certaines réserves, un rayonnement extra-territorial. Appliquée en matière d'état et de capacité des personnes, cette conception a pour effet d'identifier la loi personnelle avec la loi nationale et de supplanter définitivement la loi du domicile.

(1) Lainé, *La rédaction de Code civil et le sens de ses dispositions en matière de droit international privé. Revue,* 1905, p. 24 et s. — Cassin, *op. cit.*, p. 707. — Crémieu, *La nouvelle conception du domicile dans le règlement des conflits de lois. Revue,* 1933, p. 342.

(2) Bartin, *Principes de Droit international privé,* t. II, p. 11 et 19.

(3) Donnedieu de Vabres, *L'article* 3 *du Code civil et la jurisprudence française de* 1804 à 1904. *Revue,* 1906, p. 694, 698 et 852, relevé des décisions judiciaires.

(4) Leçon faite par Mancini le 22 janvier 1851 à l'Université de Turin intitulée : « *De la nationalité comme fondement du droit des gens* » et Mémoire lu à l'Institut de droit international le 31 août 1874. *Cl.* 1874, p. 291.

C'est alors que, sous l'influence simultanée du Code civil et des idées de Mancini, les pays en voie d'unification politique ont donné dans la réalisation de leur unité législative la préférence à la loi nationale : c'est le système généralement adopté dans la deuxième moitié du XIX^e siècle (1).

Un pays considérable, l'Allemagne, malgré son unification politique en 1871, était restée fidèle à la loi du domicile, dont Savigny s'était fait le défenseur en matière de statut personnel (2). Cependant quelques œuvres législatives allemandes avaient déjà subi l'influence de l'école italienne (3) ; et les successeurs de Savigny avaient déjà commencé à s'écarter de la Doctrine du maître (4). C'est en 1900 que se produisit alors l'événement marquant : les articles 7 et suivants de la loi d'Introduction au Code civil allemand consacrèrent le principe de la loi nationale comme loi de statut personnel (5).

L'article 17, notamment, donne en matière de dissolution du mariage compétence à la loi nationale du mari au moment de l'introduction de la demande.

Enfin, les congrès internationaux chargés d'établir des règles en vue de résoudre les conflits de lois ont été nécessairement appelés à se prononcer sur le mérite respectif des deux principes ; et ici encore s'est manifesté, du moins jusqu'à une période très récente, le mouvement de ralliement à la loi nationale. Tel est en effet le principe qui a inspiré le texte voté le 9 novembre 1878 à Lima par les représentants de

(1) Italie : C. civ., 1865, art. 6 à 13. — Grèce : l. 1856, art. 4. — Saxe : Code du 2 janvier 1863. — Roumanie : Code 1864. — Portugal : C. civ., 1868. — Espagne : C. civ., 1889. — Chili : l. 10 janvier 1884. — Hongrie : l. sur le mariage du 18 décembre 1894. — Japon : C. civ., 1898.

(2) Savigny, *Traité de droit romain*, t. VIII, p. 153. — Simons, *La conception du droit international privé d'après la doctrine et pratique en Allemagne. Rec. des Cours de La Haye*, 1926, t. V, p. 466 et s.

(3) Loi générale sur le change de 1848, art. 84. — Lois prussiennes sur le mariage (13 mars et 3 avril 1854) et sur la tutelle (5 juillet 1875), Code de procédure civile, 1877.

(4) Von Bar, *Lehrbuch des internationalen Privat und Strafrechts*, p. 47 et 48. — *Théorie und Praxis des Internationalen Privatrechts*, t. I, p. 271.

(5) Art. 7 : « La capacité de contracter d'une personne s'apprécie conformément aux lois du pays auquel elle appartient ».

quelques pays sud-américains et les conventions adoptées en 1902 et 1905 à La Haye par de nombreux Etats européens, relatives au mariage et à ses effets, au divorce et à la séparation de corps, à la tutelle des mineurs et à celle des majeurs (1).

Mais est-ce à dire, en présence d'un pareil développement, surtout européen du principe de la nationalité, que le système de la loi du domicile ait perdu tout empire ? Non, car transporté en Angleterre dans la forme de la doctrine hollandaise de Voët et de Huber, c'est-à-dire dans le cadre de la pure courtoisie, ce principe ne tarda pas à y être admis comme règle exclusive en matière d'état et de capacité (2).

Avant tout, les questions personnelles, la capacité surtout, sont régies par la loi du domicile (3). D'une façon analogue, aux Etats-Unis, les lois de chaque Etat régissent les personnes et les choses situées à l'intérieur de ses frontières ; c'est l'influence de Story (4), fortement imbu des principes de l'école

(1) Sur la convention de Lima et sur les causes pour lesquelles elle resta lettre morte. V. Rodrigo Octavio, *L'Amérique et la codification du droit international privé.Revue*, 1930, p. 635. La convention internationale de La Haye du 12 juin 1902 sur le divorce et la séparation de corps, recueillit l'adhésion d'un grand nombre d'Etats européens, dont la France (décret du 21 juin 1904. *Cl.*, 1904, p. 755). Parmi les Etats signataires un seul, l'Espagne ne l'a jamais ratifiée (*Rép.*, t. VI, v° *Droit international privé de l'Espagne*, n° 111). Et trois Etats, qui l'avaient ratifiée l'ont depuis lors dénoncée : la France, le 12 novembre 1913 (*J. O.* du 13 décembre 1913 ; *Cl.*, 1914, p. 301 et 778. *Revue*, 1914, p. 364 et s.) ; la Belgique, le 31 octobre 1918 (V. Piérard, *Divorce et séparation de corps*, t. III, p. 8) ; la Suisse, par une note parvenue à La Haye le 28 novembre 1928 (*Cl.*, 1929, p. 313). Les dénonciations française et belge, qui portaient aussi sur la convention relative au mariage, eurent pour causes principales les empêchements à mariage d'ordre politique et militaire, résultant des lois allemandes, et dont l'Allemagne prétendait, en vertu des conventions de La Haye, imposer l'observance dans les Etats signataires (*Revue*, 1914, p. 5 à 23 ; p. 392 et s., 695 et s.). La dénonciation Suisse a eu pour cause l'art. 8 de la convention, relatif au divorce entre époux de nationalités différentes (V. *Cl.*, 1929, p. 313. *Revue*, 1929, p. 181 et 372), question qui rentre essentiellement dans le champ de notre étude.

La convention reste aujourd'hui en vigueur, à notre connaissance, dans les pays suivants : Allemagne, Hongrie, Italie, Luxembourg, Pays-Bas, Portugal, Roumanie, Suède, Dantzig (25 juin 1929), Pologne (25 juin 1929).

(2) Bellot, *La théorie anglo-saxonne des conflits de lois. Recueil des Cours de La Haye*, 1924, t. II, p. 142 et 143.

(3) Gutzwiller, *Le développement historique du droit international privé. Recueil des Cours de La Haye*, 1929, t. IV, p. 342 et s.

(4) Story, *Conflicts of laws*.

hollandaise, qui amène la diffusion dans l'Amérique du Nord du principe de la compétence de la loi du domicile.

Enfin le même principe a pénétré dans un grand nombre de républiques sud-américaines et a gagné beaucoup de terrain sur le principe adverse de la loi nationale. Dans les divers Congrès panaméricains qui se sont succédé depuis le Congrès de Lima, il a toujours progressé sans toutefois parvenir à s'imposer complètement. Adopté par cinq Etats seulement dans la Convention de Montevideo de 1889, il n'a cessé d'être énergiquement soutenu ; mais il s'est toujours heurté à la défense irréductible de certains Etats tels que le Brésil, fermement attachés au principe de la loi nationale. Actuellement ce débat s'est résolu dans une formule transactionnelle par laquelle le Code Bustamante, voté au Congrès de La Havane en 1923, a laissé, sauf exceptions, à chaque Etat, la liberté d'appliquer l'un ou l'autre principe. Nous verrons d'ailleurs qu'en matière de divorce ou de séparation de corps, il consacre pleinement l'application de la loi du domicile (1).

Ajoutons que deux Etats scandinaves, le Danemark (2), et la Norvège (3) favorables aux idées anglo-saxonnes, ont donné la prééminence à la loi du domicile.

En définitive, nous nous trouvons à l'heure actuelle en présence de deux groupes bien distincts et d'ailleurs à peu près égaux, numériquement parlant (4). C'est d'une part l'Europe

(1) Le Code Bustamante, qui contient une réglementation complète des conflits de lois, a été définitivement accepté par 14 Etats sud-américains, qui ont ratifié l'accord de La Havane, savoir, suivant l'ordre chronologique des ratifications : Cuba, Panama, Saint-Domingue, Brésil, Pérou, Guatemala, Haïti, Costa-Rica, Nicaragua, Honduras, Chili, San-Salvador, Venezuela, Bolivie. Six Etats qui avaient pris part au Congrès, n'ont pas encore, à notre connaissance, donné leur adhésion définitive, ce sont : l'Equateur, le Mexique, la Colombie, l'Uruguay, l'Argentine, le Paraguay (V. Yepes, *La contribution de l'Amérique latine au développement du droit international public et privé. Recueil des Cours de La Haye*, 1930, t. II, p. 726 ; V. aussi *Rev.* 1932, p. 399.

(2) *Répert.*, t. VI, v° *Droit intern. pr. du Danemark*, nos 8 et 50.

(3) *Répert.*, t. VI, v° *Droit intern. pr. de la Norvège*, nos 66 et s., 118 et s.

(4) V. Cassin, *op. cit.*, p. 725. Cet auteur reproduit une information du jurisconsulte Zeballos, d'après laquelle le système de la loi du domicile régit 500 millions d'individus, celui de la loi nationale 460 millions.

continentale qui admet la loi nationale comme loi de statut personnel, donc comme loi de principe en matière de divorce et de séparation de corps. C'est d'autre part le groupe anglo-saxon et américain qui subordonne les questions de statut personnel à la loi du domicile.

Un retour offensif de la loi du domicile se manifeste à l'heure actuelle en certains pays européens et spécialement en France, où un important mouvement doctrinal se dessine depuis quelques années pour substituer la loi du domicile à la loi nationale comme loi de statut personnel. Il y a donc plus que jamais un intérêt d'actualité à étudier les mérites respectifs de ces deux systèmes ; et nous aurons à prendre parti dans ce débat, tout au moins dans la mesure où il peut concerner le divorce et la séparation de corps.

* * *

Les conflits de lois qui se produisent en matière de divorce et de séparation de corps présentent un caractère particulièrement complexe quand les époux sont de nationalités ou de domiciles différents. Tout en nous réservant de développer dans la suite notre pensée à cet égard, nous voulons dès maintenant, car c'est là un point capital que les auteurs oublient trop souvent, souligner que le conflit de lois qui s'élève dans ce cas est aussi délicat à résoudre dans l'hypothèse d'époux de domiciles différents que dans celle d'époux de nationalités distinctes. Et ce n'est pas, à notre sens, une solution satisfaisante que de préconiser, dans ce domaine la substitution de la loi du domicile à la loi nationale : c'est simplement transposer la question sur un autre plan, mais non la résoudre.

L'éventualité autrefois rare des époux de nationalités différentes est devenue, depuis le début du XX^{e} siècle et surtout depuis la grande guerre, chose fréquente. C'est là un phénomène qui s'explique aisément : le développement des transports, leur rapidité, enfin le grand mouvement des peuples provoqué par la dernière guerre ont amené tout naturellement des rapproche-

ments entre individus originaires de pays dont les mœurs et les institutions juridiques diffèrent profondément. Tel pays admet que la femme perd en se mariant sa nationalité d'origine et acquiert corrélativement celle de son époux ; mais bien des législations, à tendances nationalistes, repoussent cette solution. D'autre part, certaines législations accueillent, peut-être avec trop de complaisance, la demande qu'une femme devenue étrangère par son mariage et encore engagée dans les liens de ce mariage, forme pour être réintégrée dans sa nationalité primitive ; si bien que se trouve créé en cas de divorce, un difficile problème de compétence législative, qui au surplus se présente sous des aspects différents suivant que les époux ont eu ou n'ont jamais eu une nationalité commune. Plusieurs lois paraissent *a priori* également compétentes ; et c'est une question que nous aurons à examiner d'une façon approfondie.

Mais le conflit se retrouve analogue, dans le système de la loi du domicile, si les époux ont des domiciles distincts. La question, s'est souvent présentée, notamment aux Etats-Unis, où il n'est pas rare que mari et femme soient domiciliés dans des Etats différents ou que l'un des conjoints soit domicilié en pays étranger. En Angleterre, un arrêt célèbre a posé en principe que la femme est toujours domiciliée chez son mari et que le domicile du mari est attributif de compétence juridictionnelle et législative pour la dissolution du mariage. Mais nous aurons l'occasion de montrer que, dans certains cas, les tribunaux anglais ont dû, pour des raisons d'équité, tenir compte de la résidence de la femme en Angleterre, alors que le mari était domicilié à l'étranger, de sorte que le conflit renaît, sous une autre forme, entre domicile et résidence.

* * *

Observons enfin que sous l'influence de facteurs religieux, philosophiques ou sociaux, la dissolution du mariage n'est pas toujours considérée comme une pure question de statut personnel, réglée exclusivement soit par la loi nationale, soit par la loi du domicile. C'est qu'en effet la plupart des législations, dans

le but de donner effet, tout en les masquant, à des conceptions bien souvent discutables, sinon erronées, sur le caractère indissoluble ou non du mariage, font intervenir plus ou moins, dans le fondement de leurs prescriptions relatives au divorce et à la séparation de corps, la notion d'ordre public, derrière laquelle les juridictions se retranchent, trop fréquemment d'une façon quelque peu abusive, en vue d'étendre outre mesure le domaine d'application de leurs lois propres et de faire prévaloir sur une loi étrangère normalement applicable la règle différente que consacre la loi du for.

Le concept d'ordre public est particulièrement accentué dans les législations d'origine religieuse ; c'est ainsi qu'au Brésil le divorce ne peut être prononcé même entre étrangers dont la loi nationale admet le divorce, et que l'effet des jugements étrangers de divorce y est même tenu en échec, sous prétexte que les juges brésiliens ne peuvent donner effet à une loi étrangère en contradiction manifeste avec les principes fondamentaux de l'organisation sociale du pays (1). Il en était de même en Espagne avant la loi du 12 mars 1932 ; car le mariage même civil était indissoluble pour tout individu, même étranger, sur le territoire espagnol (2). Quant à l'Italie, bien qu'à son corps défendant et toutefois avec moins d'intolérance, ses tribunaux fondent sur une conception d'ordre public, mitigée d'un élément religieux, bon nombre de leurs décisions.

Tout à l'opposé, certaines législations, qui se targuent d'idées philosophiques très avancées, se montrent tout aussi intolérantes en étayant l'ordre public sur la négation même du sentiment religieux. C'est ainsi que l'U. R. S. S. entend appliquer le divorce à tout étranger se trouvant sur son territoire.

Sans ranger l'Angleterre et les Etats-Unis dans la même catégorie, on ne peut s'empêcher toutefois de remarquer que, dans ces deux pays, les tribunaux, faisant application de la

(1) Belaviqua, *Le droit international privé dans la législation brésilienne. Revue*, 1920, p. 331.

(2) Serin, *Les conflits de lois dans les rapports franco-espagnols*, Thèse Toulouse, 1929.

lex fori, imposent à tout individu domicilié sur leur territoire les dispositions de leurs législations relatives au divorce, sans se préoccuper des effets de leurs décisions dans le pays d'origine des plaideurs. Enfin, la plupart des autres pays font appel à la notion d'ordre public pour limiter les applications extra-territoriales d'une loi étrangère qui ne correspond pas aux concepts sociaux qu'ils admettent : c'est ainsi que pour des motifs de morale et de bon gouvernement, les tribunaux français refusent de prononcer entre étrangers un divorce par consentement mutuel, alors même que leur loi nationale admet ce mode de dissolution du mariage.

En résumé, la notion d'ordre public est une cause considérable et bien souvent injustifiée de complications : aussi nous faudra-t-il examiner sa valeur dans le cadre du sujet que nous traitons et apprécier dans quelle mesure une place doit lui être réservée dans les textes et dans la jurisprudence.

* * *

Les données du problème étant ainsi précisées, nous tenons dès maintenant à indiquer dans quel esprit nous nous proposons de le traiter. Il existe en effet dans la doctrine comme dans la pratique des conflits de lois deux tendances diamétralement opposées, entre lesquelles il faut choisir : la tendance nationaliste et la tendance internationaliste.

De la première, M. Frankenstein a donné une définition très précise (1) : « La tendance nationaliste, écrit-il, considère le droit international privé comme une branche du droit de l'Etat qui décide souverainement de la façon dont il réglera ses relations juridiques avec l'étranger, lequel est soumis au jugement de ses tribunaux ».

Cette doctrine a sans doute l'avantage de la logique et de la clarté ; mais par une exagération du principe de la sou-

(1) Frankestein, *Les tendances nouvelles du droit international privé. Recueil des Cours de La Haye*, 1930, t. III, p. 252.

veraineté, elle constitue la négation même du droit international privé et s'oppose à l'établissement de règles vraiment internationales de solution des conflits de lois, puisqu'elle tend à créer dans le monde autant de systèmes qu'il existe d'Etats souverains.

Cette conception, qui commence à se faire jour en France à l'heure actuelle (1), est celle des pays anglo-saxons, où les auteurs ont traité du droit international privé comme d'une branche du droit anglais (2). Mr John Colombos écrit très justement à ce sujet (3) : « Les auteurs anglais ont essayé de faire œuvre pratique d'analyse et de précision, sans s'épuiser en des spéculations philosophiques ou doctrinales. Ils sont partis du principe que les règles de solutions des conflits de lois sont elles-mêmes des lois dans le sens strict du mot, dérivant leur autorité du souverain sur le territoire duquel elles trouvent leur application ».

La tendance internationaliste s'efforce, au contraire, de rechercher un principe « qui puisse mettre des bornes à l'égoïsme des Etats et tracer certaines limites à l'empire de la souveraineté » (4).

Cette conception, que nous retrouvons notamment dans Savigny, dans Weiss et dans Pillet (5), se justifie par elle-même ; ce n'est, en effet, qu'au prix de concessions réciproques entre plusieurs législations également souveraines que peut être trouvé un terrain d'entente qui permette de réaliser l'unité de vues

(1) V. le rapport de M. Niboyet, dans le *Bulletin de la Société des Etudes législatives*, 1930, p. 104 et 106.

(2) Bellot, *op. cit. Recueil des Cours de La Haye*, 1924, t. II, p. 152 et 156.

(3) Colombos, *La conception du droit international privé d'après la doctrine et la pratique britanniques. Recueil des Cours de La Haye*, 1931, t. II, p. 8.

(4) Frankestein, *op. cit.*, p. 261.

(5) Savigny, *op. cit.*, t. VIII, p. 27. — Weiss, *Existe-t-il un droit international privé* ? Mémoire à l'Académie internationale de droit comparé, t. I (1928), p. 171 et s. — Pillet, *Théorie continentale des conflits de lois. Recueil des cours de La Haye*, 1924, t. I, chap. IV, *La loi du moindre sacrifice*, p. 467 et s.

M. Bartin écrit aussi dans le même sens : « Toute formule de solution des conflits de lois n'est jamais que l'expression, dans un Etat donné, des obligations internationales que cet Etat se reconnaît vis-à-vis des autres, quant à l'application de leurs lois civiles sur son territoire (*Principes*, t. I, p. 193).

dans la doctrine internationale. L'axiome donné par Pillet (1) est plus vrai que jamais : « La théorie du conflit de lois est la science des sacrifices » ; et s'il est une matière à laquelle il s'applique plus qu'à tout autre, c'est bien à celle du divorce et de la séparation de corps dont nous avons ci-dessus signalé la complexité.

Rechercher les solutions qui ont le plus de chances d'être acceptées au delà des frontières où le jugement a été rendu, telle est la marche à suivre. Nous ne croyons pouvoir mieux faire que de reproduire à l'appui de notre thèse, l'opinion émise récemment par M. Lyon-Caen, au cours d'une séance de la Société des Etudes législatives consacrée à l'examen d'un projet de loi sur le statut des Français en pays étrangers et des étrangers en France. « Quand on fait une loi sur les conflits de lois, il faut non seulement s'occuper de ce qui paraît le plus juste, le plus conforme aux intérêts du pays, mais il faut se préoccuper des solutions qui sont données à la même question dans les pays étrangers » (2).

* * *

Nous avons vu que deux grands systèmes, comportant d'ailleurs chacun des nuances, se partagent aujourd'hui le monde civilisé, l'un, admis en France depuis plus d'un siècle et généralement adopté dans les pays de l'Europe continentale, qui fait régir, en principe, le divorce et la séparation de corps par la loi nationale des époux, sauf à y apporter des dérogations plus ou moins importantes ; l'autre, particulièrement ancré dans la jurisprudence et dans la doctrine des pays anglo-saxons, qui fait prévaloir en pareille matière la loi du domicile des époux.

Le plan de notre travail se présente dès lors de la façon suivante : Une première partie sera consacrée à l'examen du

(1) Pillet, *Essai d'un système général de solution des conflits de lois.* Cl. 1894, p. 434 et 712.

(2) *Bulletion de la Société des Etudes législatives,* séance du 14 février 1930, année 1930, p. 106.

système continental européen dont nous ferons un exposé analytique et critique, constatant ce qu'il est dans ses modalités diverses et recherchant dans quelle mesure il pourrait être modifié. Une deuxième partie sera réservée à l'étude du système de la loi du domicile dans son application au divorce et à la séparation de corps. Nous y retrouverons, sous un angle nouveau, la plupart des difficultés que nous aurons rencontrées dans la mise en œuvre du système de la loi nationale.

Il nous restera en conclusion à nous demander si le principe adopté par la jurisprudence anglo-saxonne s'impose avec une telle supériorité qu'il doive supplanter en Europe la règle d'après laquelle la loi nationale régit le statut des personnes et spécialement le relâchement ou la dissolution du lien conjugal.

PREMIÈRE PARTIE

Le système de la loi nationale en matière de causes de divorce et de séparation de corps.

L'hypothèse que nous nous proposons d'examiner dans cette première partie est celle où des époux saisissent d'une demande en divorce ou en séparation de corps, un tribunal étranger régi par une législation qui, en matière de statut personnel, attribue compétence législative à la loi nationale.

Nous aurons tout d'abord à préciser en quoi consiste le système de la loi nationale, quel en est le fondement rationnel et comment il est suivi en droit positif et en jurisprudence. Puis nous serons amenés à constater qu'il ne fonctionne nulle part à l'état absolu et qu'il est parfois dérogé à la compétence de la loi nationale. Il nous faudra dès lors analyser ces causes de dérogation. Enfin nous savons que certaines difficultés surgissent au cas où les époux sont de nationalités différentes et nous devons envisager les conditions particulières apportées au fonctionnement du système de la loi nationale dans cette hypothèse.

Telles sont les questions que nous aurons à résoudre dans cette première partie que nous diviserons en trois titres :

TITRE PREMIER. — *Le principe de la loi nationale comme loi de statut personnel régissant le divorce et la séparation de corps.*

TITRE II. — *Des causes de dérogation à la loi nationale des conjoints.*

TITRE III. — *Du divorce et de la séparation de corps entre époux de nationalités différentes.*

TITRE I

Le principe de la loi nationale comme loi de statut personnel régissant le divorce et la séparation de corps.

Bien des auteurs se sont ralliés à ce système ; mais il ne nous est pas possible, dans le cadre nécessairement restreint de cette monographie, de les passer en revue d'une manière approfondie ; et nous devons limiter notre choix à celles des théories qui nous paraîtront avoir présenté, sous des aspects différents, les arguments les plus décisifs en faveur de l'adoption de la loi nationale comme loi de statut personnel.

Après avoir ainsi étudié dans la doctrine le fondement rationnel du principe, nous en montrerons les applications pratiques, en matière de divorce et de séparation de corps, dans le droit positif comparé, soit dans les textes législatifs, soit dans la jurisprudence de divers pays du continent européen.

Il nous faudra ensuite préciser la portée du principe dans son application à la dissolution du mariage, en examinant certains cas limites, où l'on se demande si telle condition exigée par la loi nationale rentre bien dans le domaine de cette loi au point de vue international, ou si elle ne relève pas plutôt de la loi du tribunal saisi.

Enfin la détermination de la loi nationale ne se fait pas toujours sans difficultés. De délicates questions se posent, soit lorsque le ménage a changé de nationalité au cours du mariage, soit lorsqu'il possède deux nationalités, soit lorsqu'il n'en a aucune.

L'examen de ces diverses hypothèses fera l'objet d'un dernier chapitre.

CHAPITRE I

LES DOCTRINES EN FRANCE ET A L'ÉTRANGER

Notre intention est de donner ici un aperçu des arguments purement positifs qui ont été exposés dans les œuvres de certains internationalistes en vue d'expliquer la compétence législative de la loi nationale. Nous nous réservons le soin de développer, en temps voulu et à leur place, d'autres arguments également favorables à cette thèse, mais qui, présentés sous forme de critique de la loi du domicile, ne contribuent que d'une façon négative à étayer le système qui résout les conflits de lois en matière de statut personnel en attribuant compétence à la loi nationale.

Qu'on nous permette encore une remarque préalable. De l'examen général des théories dont cette section sera l'objet, il résulte que les auteurs, pour justifier cette compétence font appel à des arguments qui, bien que présentés différemment, se rattachent aux deux idées suivantes : les uns tendent à l'adoption de la loi nationale parce que cette solution paraît plus conforme à l'intérêt de l'Etat et au principe du respect que les Etats doivent mutuellement à leur souveraineté ; les autres, au contraire, font passer au premier plan l'intérêt de l'individu et préconisent ce système parce que les lois nationales sont celles qui, de toutes, assurent le mieux la protection individuelle. Ces deux sortes d'arguments se retrouvent dans presque toutes les doctrines qui donnent compétence à la loi nationale.

Sans négliger d'indiquer au passage les arguments qui se

rapprochent des doctrines exposées, nous nous attacherons essentiellement à l'étude, dans leur ordre chronologique, de quatre écoles, dont l'enseignement nous a paru caractéristique ; celles de Mancini, de Pillet, de Bartin et enfin de Frankenstein, qui a, tout récemment, alors qu'un mouvement se dessine en faveur de la loi du domicile, présenté la question sous un jour nouveau et affermi les idées des prédécesseurs que nous venons de citer.

Section I.

Théorie de Mancini : Personnalité du Droit (1).

Nous ne consacrerons pas de longs développements à l'exposé de cette théorie bien connue. Cependant il nous paraît indispensable de rappeler les idées directrices de cette école, qui, par des arguments peut-être discutables, a pour la première fois tenté de justifier théoriquement la substitution de la loi nationale à la loi du domicile pour le règlement du statut personnel.

Ce système est dominé par deux idées maîtresses. Celle-ci d'abord, empruntée à Savigny, qu'il existe entre les peuples une communauté de droit génératrice d'un minimum de devoirs internationaux ; cette autre ensuite, que le principe de la nationalité est le fondement non seulement du droit des gens, mais encore du droit international privé. Aussi, transportant sur le terrain des relations internationales de droit privé la conception des rapports de l'individu et de l'Etat, soutenue en droit public interne par les publicistes libéraux, Mancini entend résoudre les conflits de lois par l'application de trois principes, souveraineté, liberté, nationalité :

C'est en vertu du principe de souveraineté que l'Etat ne pourra pas admettre sur son territoire que des lois étrangères

(1) Mancini, leçon faite à Turin en 1851, et Mémoire présenté à l'Institut de droit international en 1874, *Cl.*, 1874, p. 291. — V. des analyses récentes de sa doctrine dans *Diena, La conception du droit international privé d'après la doctrine et la pratique en Italie. Recueil des Cours de La Haye*, 1927, II, p. 347 et s. et Cavaglieri, *Les règles de droit international privé de l'école italienne. Revue*, 1930, p. 397 et s.

remplacent des lois d'ordre public fondées sur des considérations d'ordre moral ou social, telles que les lois prohibant le divorce, ou sur des nécessités économiques, telles que les lois définissant le régime de la propriété.

Quant aux droits privés des individus, l'école italienne distingue deux parties qu'elle appelle, l'une le droit volontaire, et l'autre le droit nécessaire. Le droit volontaire concerne par exemple les biens, les obligations ; c'est une matière dans laquelle la volonté de l'individu est souveraine ; par application du principe de liberté, l'individu est libre de se conformer à la loi qu'il choisit ; mais en cas d'abstention, sa loi nationale sera applicable.

Au contraire, la partie nécessaire du droit privé, qui comporte notamment l'état des personnes et les rapports de famille, sera régie par la loi nationale, et cela sans dérogation possible. Mancini justifie cette compétence par des considérations sociologiques. Le droit privé nécessaire est l'expression juridique des causes, des éléments naturels dont l'ensemble forme la notion sociologique de nationalité ; et il est, dans ces conditions, naturel que les relations de droit privé soient dès lors soumises à la loi nationale, conforme aux besoins des individus.

Cette doctrine de Mancini a eu un retentissement considérable non seulement en Italie, où la plupart des auteurs en ont adopté les lignes essentielles sauf à s'en écarter dans les détails (1), mais aussi dans les autres pays d'Europe, et notamment en France, où elle a rallié de nombreux suffrages plus ou moins mitigée de réserves (2).

(1) Pescatore, *La logica del diritto*, t. I (Turin, 1863). — Lomonaco, *Trattato di diritto internazionale* (Naples, 1863). — Esperson, *Il principio di nazionalita applicata alle relazioni civili internazionali* (Pavie, 1868) ; *Le Droit international privé dans la législation italienne. Cl.*, 1879-1885. — Fiore, *Diritto internazionale privato* (3e éd., Turin, 1903). *Diena, op. cit. Rec. des Cours de La Haye*, 1927, II, p. 359. — Cavaglieri , *loc. cit.*, p. 401. — Fusinato, *Il principio della scola italiana del diritto internazionale privato* (*Archivio giuridico*, t. XXIII, nos 5 et 6). — *Contra* : Gabba, dans *Annali della giurisprudenza italiana*, I, p. 43 et s. qui préconise l'application de la loi du domicile. — Fedozzi, dans *Rivista italiana di diritto internazionale privato*, juillet-août 1931, qui, à propos du projet de réforme du Code civil italien, propose d'appliquer aux époux la loi de leur domicile.

(2) Citons, en France, Weiss, *Traité de droit international privé*, 2e éd., t. III,

Section II.

Théorie de Pillet : But social des lois (1).

La théorie de Pillet repose sur cette idée que la portée territoriale ou extra-territoriale d'une loi dépend du but social en vue duquel cette loi a été faite. Cet auteur constate qu'en droit interne, les lois sont *générales*, c'est-à-dire s'appliquent à tout le monde, et qu'elles sont *permanentes*, c'est-à-dire s'appliquent à un individu donné sans solution de continuité. Projetés sur le plan international, ces deux caractères signifient que la loi étant générale, doit s'appliquer même aux étrangers qui se trouvent sur le territoire, et que, étant permanente, elle doit suivre le national au delà des frontières. Or, sous peine de tomber dans des conflits insolubles, on ne peut pas admettre que les lois des divers pays sur tel objet soient à la fois *territoriales* et *extra-territoriales*. De ces deux caractères il faut sacrifier le moins important ; c'est ce que Pillet appelle le *principe du moindre sacrifice*. Et pour être fixé sur ce point, il faut rechercher, d'après le but social de la loi, lequel des deux caractères, généralité ou permanence, a, en droit interne, le moins d'importance aux yeux du législateur. « Notre doctrine, écrit-il, consiste à donner dans chaque cas la préférence à la loi dont l'application correspond le mieux au but de l'institution juridique dont il s'agit ; à choisir la loi personnelle des parties en cause, quand le but social en vue duquel la loi a été faite requiert surtout que celle-ci soit *permanente*, la loi du territoire où le fait juridique s'est passé, quand le but de la loi exige sa *généralité*

p. 66 et s. — Durand, *Essai de droit international privé* (1884). — Surville, *De la personnalité des lois. Cl.*, 1889, p. 528 et s. — Surville et Arthuys, *Cours élémentaire de droit international privé*, 7e éd., n° 25. — Audinet, *Principes élémentaires de droit international privé*, 2e éd., 1906, p. 225 et s. — En Belgique, Laurent, *Le droit civil international*, t. I, nos 428 et s., t. II, nos 105 et 112. — Piérard, *Divorce et séparation de corps*, t. III, p. 9. — En Allemagne, Zitelmann, *Internationales Privatrecht*, t. I, p. 103 et s.

(1) Pillet, *Principes*, nos 118 et s. ; *Traité pratique*, t. I, nos 29 et s. ; *Cours de La Haye*, 1924, I, p. 467 et s.

d'application. Entre deux lois égales *a priori* et qu'il est impossible d'appliquer en même temps, on retient donc celle qui réalisera le mieux ou le moins imparfaitement la pensée qui a guidé le législateur lorsqu'il a fait la loi. On assure ainsi à la loi son maximum d'effet dans les rapports internationaux et en même temps on pousse à sa mesure extrême l'idée de respect mutuel de la souveraineté des Etats, car on décide de l'application des lois par l'intérêt qu'ont à cette application ceux qui les ont faites » (1).

La doctrine de Pillet se ramène à la recherche et à la détermination du but social de chaque loi. Constatant que la loi a pour but, tantôt d'assurer la protection de l'activité individuelle, tantôt de garantir la vie et la paix sociales, il propose, pour les ranger dans l'une de ces deux catégories, le critérium suivant : on reconnaîtra qu'une loi a pour objet la protection de l'individu quand elle a pour résultat un avantage particulier de la personne qui en subit l'application (2).

Or la protection de l'individu ne sera atteinte que si les dispositions protectrices accompagnent la personne pour qui elles ont été faites indépendamment de toutes circonstances de lieu et de temps (3). Ces lois seront, de ce fait, essentiellement permanentes, munies en quelque sorte d'un droit de suite et d'une portée extra-territoriale.

Au contraire, les lois de garantie sociale, ayant pour but d'assurer l'ordre à l'intérieur d'un territoire donné, doivent s'appliquer aussi bien aux étrangers qu'aux nationaux qui y résident. Ces lois, qui sont faites dans l'intérêt de la communauté, sont des lois générales, s'appliquant à toute personne sur le territoire. Mais en revanche, elles ne doivent avoir qu'une portée strictement territoriale.

Ayant fait cette distinction, Pillet se demande, étant donné que les lois qui touchent à la protection de la personne suivent partout la personne, quelle loi sera pour chacun sa loi per-

(1) Pillet, *Principes*, n° 125, p. 277.
(2) Pillet, *Principes*, n° 138, p. 295.
(3) Pillet, *Principes*, n° 135, p. 292.

sonnelle. A cela, il répond très fermement que la seule loi compétente est la loi nationale ; car puisqu'il appartient à chaque Etat de protéger ses sujets, c'est aussi aux lois civiles de cet Etat qu'il appartient de garantir les intérêts individuels de ses sujets qui résident sur le territoire d'un autre Etat.

Puis l'auteur achève sa démonstration en comparant l'action juridique à l'action diplomatique. Un national expatrié qui veut obtenir réparation d'un dommage en pays étranger s'adresse au représentant diplomatique de son Etat ; il est donc naturel, à moins d'admettre une « discordance inintelligible », que le même individu bénéficie, au point de vue juridique, des lois de protection que son Etat a édictées pour lui (1).

Traitant plus particulièrement de la matière qui nous intéresse, celle du droit de la famille, Pillet, par application de sa théorie générale, classe les lois d'état et de capacité dans le domaine du statut personnel et leur assigne, par cela même qu'elles ont été écrites dans un but de protection de l'activité individuelle, un rôle extraterritorial en admettant la compétence exclusive de la loi nationale. C'est dans les termes suivants que Pillet s'exprime à cet égard : « Il est certain que les lois sur l'organisation de la famille ont pour l'Etat une importance vitale ; tant valent les citoyens, tant vaut l'Etat. Ces lois ont pour but de créer un cadre fixe dans lequel l'individu trouvera les ressources nécessaires au déploiement de son activité. Il est évident que ces lois doivent former un corps de droit uniforme et *indépendant dans son application, de toutes circonstances de temps et de lieux.* C'est un corps de droit auquel la continuité est essentielle ; il n'atteindra son but social que s'il est extra-territorial » (2).

Cette doctrine de Pillet, plus éclectique que celle de Mancini, plus imbue de cet esprit international que nous avons déjà signalé comme éminemment désirable, a exercé une notable influence sur la jeune école du droit international privé (3).

(1) Pillet, *Principes*, n° 145, p. 309.
(2) Pillet, *op. cit. Recueil des Cours de La Haye*, 1924, t. I, p. 473.
(3) Parmi les auteurs qui, sous réserves de critiques partielles, se sont ral-

Appliquée au divorce et à la séparation de corps, elle en soumet les causes à la loi nationale des conjoints.

Mais Pillet n'ose pousser plus loin sa construction et concède qu'au cas de conflit entre deux lois nationales contraires, il ne voit pas de solution rationnelle (1). Nous verrons cependant, quand nous examinerons l'hypothèse du divorce entre époux de nationalités différentes, que la doctrine de Pillet contient, à notre avis, en germe une solution que nous nous réservons de développer.

Section III.

Théorie de M. Bartin : Droit de l'État sur la constitution de la famille (2).

On sait que certains auteurs contemporains expriment cette idée que l'exagération du principe de la souveraineté est un obstacle à la solution des conflits de lois en droit privé (3). M. Bartin n'hésite pas à passer outre ces considérations et affirme, dans une forme à la fois très catégorique et très personnelle, que le droit international privé est avant tout un problème de souveraineté. » Le droit international privé n'est pour moi, dit-il, que la somme, dans un Etat donné, des effets de la souveraineté de cet Etat dans l'ordre des intérêts privés ; et sa souveraineté, je ne la conçois limitée, dans l'ordre des intérêts privés, que par les restrictions qu'il y apporte lui-même, dans l'intérêt, rationnellement apprécié par lui, de ses relations nécessaires avec les autres Etats, ses égaux » (4).

liés à la doctrine de Pillet, citons : Maurice Bernard, *Cl.*, 1905, p. 768 et s. ; 1906, p. 646 et s. — Despagnet et de Boeck, *Précis de droit international privé*, 5e éd., n° 105. — Niboyet, *Manuel de droit international privé*, 2e éd., n° 360. Toutefois, comme on le verra plus loin, ce dernier auteur paraît avoir récemment évolué vers de nouvelles conceptions.

(1) Pillet, *Principes*, n° 153, p. 324.

(2) Bartin, *Principes*.

(3) Notamment Frankenstein, *op. cit. Rec. des Cours de La Haye*, 1930, t. III, p. 274.

(4) Bartin, *Principes*, t. II, p. 1. — C'est aussi de la notion de souveraineté indépendante que s'inspire M. Valéry, *Manuel de droit international privé*,

Cette définition du droit international privé est particulièrement nette ; la méthode que suit M. Bartin pour déterminer, en fonction de la souveraineté, la loi compétente ne l'est pas moins. Pour lui, le droit international privé n'est que la projection sur le plan international des matières du droit privé interne.

« Je m'obstine, dit-il, de plus en plus, à relier le droit international privé au droit civil interne et, si j'ose dire, à nationaliser celui-là (1). » C'est ainsi qu'il est amené à procéder à l'analyse, en droit interne, du fondement des institutions qui soulèvent sur le terrain international des conflits de lois et à rechercher à quel titre et comment la souveraineté de l'Etat s'exerce sur chacune d'elles.

C'est par cette méthode analytique et rationnelle que l'auteur retrouve le but auxquelles correspondent, en droit interne, les dispositions susceptibles de provoquer des conflits, et détermine le cercle des individus auxquels elles sont applicables de par leur but.

Or, il résulte de cette analyse que la souveraineté de l'Etat prend, quant au but poursuivi, trois aspects différents et que, dans chacun de ces aspects, son extension varie quant aux personnes qu'elle atteint :

1° L'Etat doit protection aux personnes qui sont liées à lui par un lien permanent : c'est l'empire de la loi personnelle.

2° Il exerce des pouvoirs de police à l'égard de tout individu séjournant sur son territoire : c'est l'empire de la loi locale.

3° Il contrôle le régime des biens : c'est l'empire de la *lex rei sitae*.

Seul ici l'empire de la loi personnelle nous intéresse. Pour M. Bartin, en matière de capacité juridique ou de constitution de la famille, la loi personnelle doit être la loi nationale ; mais

n° 373, en disant que, dans chaque pays, le législateur est absolument libre de fixer dans quelle mesure il convient de tenir compte des lois étrangères.

(1) Bartin, *Principes*, t. II, p. 17.

il ne justifie pas dans les deux cas cette compétence par les mêmes raisons.

Contre les défaillances de la volonté, c'est la loi nationale qui lui paraît le mieux protéger l'individu pour le motif qu'elle est « la plus naturellement qualifiée pour mesurer la valeur de la volonté des personnes qui s'obligent et par conséquent la somme de protection qui leur est nécessaire (1). »

Au contraire, touchant la constitution de la famille. M. Bartin voit dans la loi nationale celle qui protège le mieux non seulement l'individu mais encore et surtout l'Etat lui-même ; car ici nous sommes dans une matière dont l'Etat a le droit de contrôler l'organisation. « Il ne s'agit plus ici, dit-il, de la détermination des limites qu'il est raisonnable d'imposer dans son intérêt même à la volonté de l'individu qui veut se lier envers autrui par une opération juridique, il s'agit d'imposer à l'individu des obligations légales, inhérentes à un groupe de personnes, la famille, dans lequel l'Etat trouve les conditions nécessaires de sa durée et de son existence même (2). »

Il résulte donc de ceci que pour la matière du divorce et de la séparation de corps, qui rentre au premier chef dans le droit de famille, M. Bartin fonde la compétence de la loi nationale des conjoints principalement sur cette idée que l'Etat a, dans l'intérêt de sa propre conservation, le droit de régler impérativement l'organisation des cellules sociales dont il se compose, c'est-à-dire des familles de ses nationaux, mais qu'il ne saurait exercer le même droit à l'égard des familles étrangères établies sur son territoire.

Section IV.

Théorie de M. Frankenstein : Concept sociologique du rattachement national (3).

Cette doctrine, bien que récente, n'a pas — et l'auteur en convient lui-même — la prétention d'apporter des résultats

(1) Bartin, *Principes*, t. I, p. 176.
(2) Bartin, *Principes*, t. I, p. 188.
(3) Frankenstein, *Internationales privatrecht*, t. I (Berlin, 1926). M. Fran-

nouveaux ; elle ne tend qu'à consacrer, comme l'école italienne, l'empire du droit du pays d'origine. Mais à l'inverse de celle-ci, dont la justification est faite surtout de considérations politiques, M. Frankenstein a cherché à justifier psychologiquement et sociologiquement, en s'appuyant sur la tradition historique, le principe que chaque homme est soumis au droit de son pays.

Cet auteur, faisant évidemment allusion à la doctrine de Savigny, considère comme une erreur la méthode qui consiste à se demander quel droit il faut appliquer à un certain rapport, à une situation juridique. Il soutient qu'il faut, au contraire, rejeter ces abstractions juridiques et se demander quelle est la loi applicable aux individus mis en présence dans un rapport juridique. A cela, M. Frankenstein répond que l'individu est lié à son droit national par un *rattachement primaire* et il présente en faveur de sa thèse deux sortes d'arguments.

Il fait d'abord, et c'est l'aspect nouveau de sa doctrine, une analyse psychologique du processus historique de la formation du droit. « Psychologiquement, sociologiquement, dit-il, chaque homme travaille à la formation de l'ordre juridique ; car chaque individu est une partie de la grande masse qui donne son appréciation, son jugement à propos de la manière d'agir des autres ; il est un membre de la multitude dont l'appréciation, par la voie de l'abstraction, devient le jugement de la masse, et sert alors de norme pour la future façon d'agir de tous. *Chaque individu travaille à la formation du droit coutumier* qui est la matière première pour la formation de la loi. Ainsi psychologiquement, chacun est relié à un ordre juridique, à savoir l'ordre juridique de la communauté à laquelle il appartient... Comme le droit coutumier est la base, la matière première de la loi, de l'ordre juridique, et que le droit coutumier n'existe pas sans la collaboration de tous, le droit étant une des expressions de la vie de tous, *il y a, par nécessité de nature une relation entre l'ordre*

KENSTEIN, avocat à Berlin, a aussi exposé ses idées dans un cours fait à La Haye en 1930, reproduit dans le recueil de la même année, t. III, p. 245 et s. Il a également résumé sa doctrine dans la *Revue*, 1932, p. 47 et s.

juridique et les membres de la communauté où se sont formés le droit, la loi et l'ordre juridique. » (1)

Il passe ensuite, mais à titre supplétif, à la justification politique de son système. Il peut arriver que, l'organisation et le pouvoir s'attachent à la communauté, sans que d'ailleurs cette transformation s'opère nécessairement par la constitution d'un Etat (2) ; à ce moment, chez les membres de la communauté, naissent à la fois des devoirs et des droits eu égard au pouvoir politique organisé : droit à la protection et à l'assistance ; devoirs d'obéissance et de fidélité.

M. Frankenstein est ainsi conduit à dire que « chaque homme appartient à cet ordre juridique à la formation duquel il collabore psychologiquement, dont il est le soutien au point de vue politique et dont il peut exiger protection et assistance, par compensation avec son propre devoir d'obéissance, c'est-à-dire à l'ordre juridique de sa nation (3). »

Il concrétise plus loin sa formule en ajoutant : « Chaque individu est soumis par nature, *a priori*, à son droit national, il est lié à ce droit national par nature, originairement, primordialement. C'est pourquoi je donne au rapport de l'individu avec son droit national le nom de *rattachement primaire* (4). »

Classant ainsi le droit national, il déclasse tous les autres principes qui deviennent des règles de second rang, de rattachement secondaire, et ne gardent leur valeur qu'en fonction du rattachement primaire ; nous aurons à revenir sur cette distinction quand nous traiterons du problème du renvoi.

Enfin, complétant sa thèse par ce qu'on pourrait appeler son aspect négatif, il déclare que, réserve faite de l'organisation juridique des choses qui se trouvent sur le territoire, les lois d'un pays ne peuvent pas, *en droit*, s'appliquer aux étrangers ; que sans doute, en fait, les législateurs et les juges en décident souvent autrement, mais que pareilles décisions, valables dans les

(1) *Cours de La Haye*, 1930, III, p. 283.

(2) L'auteur note l'existence des œuvres des communautés religieuses non érigées en Etat : droit canonique, droit de l'islam.

(3) *Cours de La Haye*, p. 284.

(4) *Cours de La Haye*, p. 290.

limites des frontières, où elles s'appuient sur le pouvoir de fait, n'ont pas à être reconnues dans les autres pays, et que, si une personne se voit ainsi appliquer une loi qui n'est pas la sienne, cela constitue un *pseudo-rattachement* sans valeur internationale (1). « Seul est du droit ce qu'une communauté nationale s'est fixé elle-même pour norme. C'est l'expression de la vie de cette communauté nationale valable pour elle, mais uniquement pour elle. Pour les étrangers c'est aussi peu du droit que les enseignements du bouddhisme peuvent être article de foi pour le musulman. Si l'on assujettit en Allemagne le Hollandais aux principes du droit allemand, c'est là du droit en Allemagne ; mais en dehors de l'Allemagne, ou en général du point de vue sociologique, psychologique, il ne s'agit pas de droit, mais de force, quand on impose à un homme les principes d'un ordre juridique qui n'est pas le sien (2). » En faisant application de cette même idée à la matière du divorce, notre auteur écrit : « Le droit italien ne connaît pas le divorce ; c'est pourquoi il interdit aux juges italiens de prononcer le divorce d'étrangers. Quand, par conséquent, des Allemands veulent divorcer en Italie, il se produit un conflit entre leur droit national allemand et le droit italien. Il est évident qu'ici le droit italien l'emporte et rend le divorce impossible. Mais pourquoi ? On parle ici du principe de l'ordre public. Mais cette expression vague, très controversée, voile les faits réels. Car il y a ici conflit entre souveraineté personnelle et souveraineté territoriale, La *souveraineté personnelle ne s'appuie que sur le droit* ; car l'Etat n'a pas de pouvoir immédiatement efficace sur ses ressortissants qui séjournent à l'étranger. Par contre, le *principe territorial s'appuie sur le pouvoir.* Si en principe tout homme vit selon un droit national, il s'ensuit qu'il a le droit de vivre ainsi. Et quand on porte atteinte en quelque façon à ce droit, on agit de façon non seulement inconséquente, mais injuste. Si un Etat fait ainsi parce qu'il en a le pouvoir sur son territoire, il s'agit bien de droit selon la forme, mais non pas selon le fond ; c'est simplement l'exercice du pou-

(1) *Revue*, 1932, p. 63.
(2) *Revue*, 1932, p. 57 ; *Cours de La Haye*, 1930, III, p. 297.

voir, de la forme, que l'Etat peut déployer sur son territoire (1). »

On voit, par ce simple aperçu, que M. Frankenstein, en reconstruisant sur de nouvelles bases la théorie de la personnalité du droit, la pousse jusqu'à des conséquences que Mancini n'avait pas cru devoir admettre. Nous aurons à revenir plusieurs fois, au cours de ce travail, sur cette théorie nouvelle, profondément originale, dont les déductions, rigoureusement logiques, ne sont peut-être pas toujours empreintes de cet esprit international dont son auteur prétend pourtant s'inspirer.

(1) *Cours de La Haye*, 1932, p. 295-296.

CHAPITRE II

LES TEXTES ET LA JURISPRUDENCE EN FRANCE ET A L'ÉTRANGER

Après avoir examiné quel est, en doctrine, le fondement rationnel du principe de la loi nationale, il nous faut tout naturellement montrer quelles en sont, dans le droit positif comparé, les répercussions pratiques quant aux causes de divorce et de séparation de corps.

Par une synthèse des solutions que consacrent les textes et la jurisprudence, il nous apparaît possible de grouper nos développements de la façon suivante.

Une première conséquence pratique de l'application du système de la loi nationale se manifeste tout d'abord dans le prononcé même du divorce, qui ne peut avoir lieu que si la loi des époux en cause le permet et seulement pour les causes admises par elle.

Autre conséquence : le divorce prononcé sans qu'il ait été tenu compte des dispositions nationales sur le droit au divorce et sur les causes admissibles sera sans effet dans le pays d'origine du ressortissant et même dans des pays tiers.

Enfin nous devrons mentionner dans quels termes les conventions de La Haye ont consacré cette double solution.

Section I.

Le divorce et la séparation de corps ne sont prononcés que si la loi nationale des époux le permet et seulement pour des causes admises par elle.

L'article 3, alinéa 3 du Code civil dit que les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français même

résidant en pays étranger. Cette disposition est unilatérale et ne comporte pas comme certains textes étrangers récents un corollaire relatif à l'état et à la capacité des étrangers résidant en France. Nous ne pouvons ici examiner d'une façon détaillée les discussions auxquelles a donné lieu en doctrine la rédaction incomplète de ce texte. Bornons-nous à dire que pendant la première moitié du XIX^e^ siècle, le statut personnel de l'étranger sur le sol français donna lieu à controverse. Certains auteurs, tirant du silence de l'article 3, alinéa 3 un argument *a contrario*, soutenaient que son état et sa capacité devaient être régis par la loi française (1). Proudhon enseignait que l'étranger établi à demeure en France ne conservait qu'un lien politique avec sa patrie d'origine et acquérait en France une sorte de nationalité de droit privé, l'*incolat*, entraînant pour lui l'application de toutes les lois françaises de droit privé (2).

Demangeat, argumentant de la lettre de l'article 3, alinéa 3 qui soumet aux lois françaises l'état et la capacité des Français *résidant* en pays étranger, soutenait que les Français *domiciliés* à l'étranger étaient régis quant à leur statut personnel par la loi de leur domicile et que, corrélativement, la loi française s'appliquait aux étrangers admis à domicile suivant l'article 13 du Code civil (3). Mais il semble bien résulter des travaux préparatoires de l'article 3 du Code civil que le législateur a entendu soumettre à la loi française l'état et la capacité du Français en quelque lieu qu'il aille ou se fixe, et corrélativement laisser l'étranger, même lorsqu'il est admis à domicile en France, sous l'empire de sa loi nationale pour tout ce qui concerne son statut personnel (4).

(1) MAILHER DE CHASSAT, *Traité des statuts*, n^os^ 236 et s. — ALAUZET, *De la qualité de Français, de la naturalisation et du statut personnel des étrangers*, 2^e^ éd., p. 180 et s.

(2) PROUDHON, *Traité de l'état des personnes*, t. I, p. 190 et s.

(3) DEMANGEAT, *Histoire de la condition civile des étrangers en France*, p. 414. — DEMANGEAT sur FOELIX, *Droit international privé*, t. I, p. 58, notes *a* et *b* ; comp. BERTAULD, *Questions doctrinales et pratiques du Code Napoléon*, t. I, p. 10.

(4) V. à ce sujet : LAINÉ, *La rédaction du Code civil et le sens de ses dispositions en matière de droit international privé*. Revue, 1905, p. 21.

La doctrine et la jurisprudence sont aujourd'hui, croyons-nous, unanimes sur cette question d'interprétation (1). Et c'est plutôt *de lege ferenda* que, dans ces dernières années, s'est manifesté un renouveau en faveur de la loi du domicile.

Le principe ainsi établi conduit à décider que l'aptitude à divorcer et les causes autorisant le divorce ou la séparation de corps seront déterminées d'après les dispositions de la loi nationale des époux, sous réserve, ajoutons-le dès maintenant, de certaines dérogations que nous aurons à envisager par la suite.

La jurisprudence française s'est conformée généralement à ces directives. Il peut se présenter quatre sortes d'hypothèses :

Tout d'abord, des époux étrangers s'adressent à un tribunal français pour obtenir le divorce, alors que leur loi nationale ne connaît que la séparation de corps : leur demande sera rejetée (2).

Prenons le cas inverse : une demande en séparation de corps est formée en France par des étrangers, alors que seul le divorce existe dans leur loi nationale. La demande ne pourra être accueillie (3).

(1) Surville et Arthuys, *Cours*, n° 175. — Weiss, *Traité*, 2e éd., III, p. 164 et s. — Despagnet, *Précis*, n° 230, p. 686. — Audinet, *Principes*, 2e éd., n° 305. — Valéry, *Manuel*, p. 842, Pillet, *Traité pratique*, t. I, n° 240. — Aubry et Rau, 5e éd., par Bartin, t. VII, p. 406.

(2) Seine, 27 juillet 1891 (*Libéranome*). *Cl.*, 1891, p. 1194. — Alger, 18 février 1891 (*Avoccado*). *Cl.*, 1891, p. 504. — Alger, 18 février 1891 (*Andrès*). *Cl.*, 1892, p. 662. — Req., 18 juillet 1894. D. 1892.1.489. — Req., 12 février 1895 (*Lenthé*). D. 1896.1.377. — Bayonne, 14 juin 1898 (*Tuesta*). *Cl.*, 1899, p. 127. — Civ., 30 octobre 1905 (*Levinçon*). D. 1906.1.305 (note Binet). — Seine, 8 août 1906 et Paris, 30 janvier 1908 (*Mac Bride*). *Rev.*, 1908, p. 450. — Nice, 26 juin 1923 et Aix, 24 janvier 1924 (*De Barcia c. Dame Moreau*). *Cl.*, 1924, p. 670. — Colmar, 7 avril 1925 (*H. M. c. id.*). *Rev. Jurid. A. L.*, 1925, p. 280 et *Rev.*, 1925, p. 553. — Strasbourg, 19 nov. 1930 (motifs, *Haase*). *Rev. Jurid. A. L.*, 1931, p. 335. — Seul, sans doute, dans les annales de la jurisprudence française, le tribunal de Béziers a prononcé le divorce entre deux époux italiens dans un jugement du 30 juin 1900. Bien que violant le statut personnel des parties en cause, cette décision a obtenu l'exequatur en Suisse. V. *Rev.*, 1911, p. 807 et *A. T. F.*, 1909, t. I, p. 459.

(3) Seine, 21 mai 1897 (*de la Gandara*). *Cl.*, 1898, p. 135. — Seine, 26 février 1907 (*Levinçon*). *Rev.*, 1909, p. 276 et Paris, 30 déc. 1907 (*id.*). *Cl.*, 1908, p. 518. — Marseille, 7 mai 1908 (*Caracorda*). *Cl.*, 1909, p. 189.

Quid si un tribunal français est saisi d'une demande en séparation de corps formée par un allemand alors que les lois allemandes ne connaissent que l'*Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft*, institution que le *Reichsgericht* ne considère pas comme une séparation de corps ? Voir *infra*, Ordre Public, p. 151.

Troisième hypothèse : le divorce existe bien dans le statut personnel des étrangers qui s'adressent à la justice française, mais la cause invoquée n'est pas admise par la loi étrangère. Par exemple en droit anglais, avant le *Matrimonial Amendment Act* du 18 juillet 1923, le divorce ne pouvait être demandé contre le mari que pour adultère accompagné de violences ou d'autres circonstances accessoires. On a pu, par suite, rejeter en France la demande de la femme, faute par elle de prouver les diverses causes dont le cumul était requis par la loi nationale du ménage (1). Ici encore la demande est vouée à l'échec.

Enfin, transposons dans la matière de la séparation de corps : une demande est introduite pour une cause ignorée par la loi nationale. Par exemple, il résulte des articles 3-1° et 36-2° de la loi espagnole du 2 mars 1932 (2) qu'une condamnation pénale n'est une cause de séparation de corps que si elle a prononcé une peine privative de liberté pour plus de 10 années. Supposons un ménage espagnol établi en France, le mari condamné à 5 ans de réclusion ; sa femme ne pourra obtenir la séparation de corps ; car si l'article 232 du Code civil français prévoit la séparation dans ce cas, la loi nationale des époux ne la permet pas.

De nombreux pays étrangers consacrent également le principe que la loi nationale est la loi du statut personnel, applicable comme telle aux causes de divorce et de séparation de corps. Sans avoir ici la prétention de passer en revue tous les pays qui se rallient à ce système, nous nous proposons cependant d'examiner comment certains d'entre eux s'y rattachent, soit par les textes législatifs, soit par la jurisprudence (3).

(1) Dieppe, 2 août 1896 (*Eastabrook*). *Revue*, 1906, p. 509. V. encore Saint-Etienne, 27 décembre 1911. *Cl.*, 1914, p. 184 ; note Politis, la Novelle 117 de Justinien ne prévoit en faveur de l'épouse grecque, comme cause de divorce, ni les sévices, ni les injures, ni l'abandon du domicile conjugal par le mari.

(2) *Cl.*, 1932, p. 1170.

(3) En dehors des pays auxquels nous consacrons quelques développements, signalons comme faisant régir l'état et la capacité par la loi nationale :

La Bulgarie : solution tirée indirectement des textes et consacrée par la

Allemagne. — L'article 17 de la loi d'Introduction au Code civil pose en matière de divorce des règles de conflits, attributives de compétence à la loi du pays *dont relève le mari* au début de l'instance ; le texte, est ainsi conçu :

« Le divorce est régi par les lois de l'Etat dont le mari est ressortissant au moment de l'introduction de la demande. Le fait qui s'est produit à une époque où le mari appartenait à un autre Etat ne peut être invoqué comme un motif de divorce qu'autant qu'il constitue, d'après la loi de cet Etat, une cause de divorce ou de séparation. Si le mari au moment de l'introduction de la demande a perdu la nationalité allemande, mais que la femme l'a conservée, les lois allemandes reçoivent application. Il ne peut être prononcé en Allemagne, en vertu d'une loi étrangère, soit un divorce, soit une cessation de vie commune, que si le divorce est recevable tant d'après la loi étrangère que d'après la loi allemande ».

Ce texte ne laisse aucun doute quant à l'adoption, en notre matière, du principe de la loi nationale ; au surplus, il contient à l'inverse de l'article 3, alinéa 3 du Code civil français, des dispositions bilatérales applicables aussi bien au divorce des Allemands à l'étranger qu'au divorce des étrangers en Allemagne, hypothèse dans laquelle le juge allemand se référera à la loi nationale du mari ; toutefois, l'alinéa 4 assigne à la *lex fori* allemande une fonction, négative d'ailleurs, celle d'empêcher le prononcé d'un divorce pour des causes contraires à l'esprit de l'article 30 de la loi d'Introduction ; c'est la notion d'ordre public, envisagée dans sa fonction prohibitive, qui apparaît dans l'alinéa 4 (1).

Il faut donc que la cause alléguée à l'appui de la demande soit de nature à la justifier aussi bien au regard de la loi allemande que de la loi étrangère invoquée.

La jurisprudence des tribunaux allemands s'est conformée

jurisprudence, *Répert.* v° *D. I. P. Bulgarie*, t. VI, § 47. — La Chine : Règlement sur l'application des lois, § 5. *Cl.*, 1920, p. 425 et 775. — Le Honduras : C. civ., § 13, combiné avec 2372. — Le Japon : l. 15 juin 1898, § 10. — Les Pays-Bas : l. du 15 mai 1829, § 6. — La Turquie : l. 1er mars 1915.

(1) *Répert.*, t. VII, v° *D. I. P. Allemagne*, n° 176.

dès 1900 aux dispositions nouvelles. C'est ainsi qu'un arrêt rendu par le *Reichsgericht* le 13 décembre 1900 refusa dans une affaire *Thiele* de prononcer le divorce, s'agissant d'époux catholiques autrichiens dont la loi nationale prohibe le divorce, quel que soit le domicile des ressortissants en cause (1). Et même, par interprétation de l'article 111 du Code civil autrichien qui interdit la dissolution du mariage entre époux catholiques, un tribunal a refusé de prononcer le divorce entre époux autrichiens originairement catholiques, bien que l'un d'eux fût devenu protestant depuis le mariage, vraisemblablement dans le but de divorcer (2).

Solution analogue encore dans un arrêt du *Reichsgericht* du 27 novembre 1920, qui, dans une instance en divorce entre Français domiciliés en Allemagne, exige que la cause invoquée se justifie à la fois dans la loi allemande et dans la loi française, notamment que les sévices et injures graves reprochés soient bien de la nature de ceux prévus par l'article 231 du Code civil français (3).

Les tribunaux allemands se réfèrent scrupuleusement aux dispositions de la loi étrangère ; c'est ainsi que la Cour d'appel de Kiel a rejeté une demande en divorce formée pour cause d'adultère par une femme de nationalité belge contre son mari également belge, la demanderesse n'ayant pu administrer la preuve, exigée par le droit belge, de l'entretien d'une concubine au domicile conjugal (4).

Belgique. — L'article 3 alinéa 3 du Code civil belge établit

(1) *Juristiche Wochenschrift*, 1901, p. 30. *Cl.*, 1901, p. 158. Comparer *R. G.* 12 octobre 1903. *Cl.*, 1904, p. 961. — *R. G.*, 17 décembre 1903. *Revue*, 1905, p. 362. — Olg., Stuttgart, 31 mars 1905. *Revue* 1908, p. 264. — Olg., Dusseldorf, 12 novembre 1920. *Deutsche Juristiche Zeitung*, 1921, p. 376.

(2) Tribunal rég. de Hambourg, 10 janvier 1914, *Zeischreft für Internationales Recht.*, 1912, p. 179, cité par Brackers d'Hugo, « *La naturalisation en vue de divorcer* », *Lois nouvelles*, 1932, p. 246.

(3) *Deusche Juristen Zeitung*, 1920, p. 314.

(4) Kiel, 28 février 1923. *Cl.*, 1925, p. 1053. — V. encore une décision du tribunal de Munich du 22 avril 1921. *Cl.*, 1922, p. 170, prononçant le divorce entre conjoints russes. — V. Hans Lewald, *Répert.*, t. VII, v° *D. I. P. Allemagne*, n° 185.

comme en France et dans les mêmes termes la compétence de la loi nationale en matière d'Etat et de capacité. Les solutions de la jurisprudence quant aux causes de divorce et de séparation de corps sont analogues à celles des tribunaux français (1).

Brésil. — L'article 8 du Code civil de 1916 décide très clairement que la loi nationale de la personne régit son statut personnel : « La loi nationale de la personne, y est-il dit, régit sa capacité civile, les droits de famille, les rapports personnels des époux, et le régime matrimonial, avec faculté toutefois, en ce qui concerne ce régime, d'opter pour la loi brésilienne. »

A vrai dire, des époux étrangers ne peuvent obtenir au Brésil un jugement de divorce en invoquant des causes prévues par leurs lois nationales, parce que la législation brésilienne n'admet pas le divorce et que, tant en doctrine qu'en jurisprudence, on se refuse, pour des motifs d'ordre public, à entrer dans cette voie, les juges ne pouvant appliquer une loi étrangère en contradiction manifeste avec les principes fondamentaux de l'organisation sociale du pays (2). Mais dans une instance en séparation de corps entre époux étrangers, les juges brésiliens apprécieront la demande, conformément à l'article 8 précité, en se basant, en principe, sur la loi nationale des époux (3).

Espagne. — Le Code civil espagnol du 24 juillet 1889 consacre aussi le principe de la loi nationale, du moins par une disposition unilatérale applicable aux Espagnols résidant à l'étranger. L'article 9 du Code civil est en effet rédigé dans les termes suivants : « Les lois relatives aux droits et devoirs de famille et à l'état,

(1) Cass., 19 janvier 1882. Pasicrisie 1882.1.36. — Bruxelles, 17 avril 1889. Pas. 1898.2.12. — Tribunal d'Anvers, 9 février 1909. *Revue*, 1911, p. 726. — Bruxelles, 9 janvier 1914 (Aff. *Ritter c. Miko*). *Revue*, 1914, p. 608. — V. aussi Cour Bruxelles, 13 juillet 1921 et Cour Bruxelles, 15 mars 1922 (*Back*). *Rev., Inst. Dr. comp.*, 1923, p. 135.— Bruxelles, 1er décembre 1927 (*Stern c. Kanarek*). *Cl.*, 1929, p. 772, rejetant une demande en divorce formée par des époux polonais galicien, de religion catholique, soumis au Code civil autrichien encore en vigueur en Galicie. — Comp. Bruxelles, 9 juillet 1929, *Journal des Tribunaux*, 1928, col. 507 ; *Cl.*, 1930, p. 468.

(2) Clovis Bevilaqua, *Revue*, 1920, p. 331.

(3) *Répert.* v° *D. I. P. Brésil*, t. VI, n° 35 et n°s 40 et s.

la condition et la capacité légale des personnes obligent les Espagnols quoique résidant à l'étranger.

» Mais ce texte doit s'interpréter d'après l'article 14 sur les conflits interrégionaux : « ce qui est établi aux articles 9, 10, 11, quant aux personnes, actes et biens des Espagnols à l'étranger et *des étrangers en Espagne*, est applicable... »

La jurisprudence espagnole a d'ailleurs depuis longtemps décidé, et cela dès avant le Code civil de 1889, d'une façon définitive que la capacité civile de l'étranger est toujours régie par son statut personnel (1). Aussi les causes de séparation de corps et, depuis la loi du 2 mars 1932, les causes de divorce seront appréciées d'après la loi nationale des conjoints.

Finlande. — La loi du 5 décembre 1929 (2) réglant certains rapports de droit familial et de caractère international attribue compétence législative, en cette matière, concurremment à la loi nationale des parties en cause et à la loi finlandaise. Mais le système va plus loin que la loi allemande. C'est ainsi qu'en matière de divorce, la cause alléguée doit être conforme *à la loi nationale de l'un et de l'autre contractant et à la loi finlandaise* (3). La loi allemande ne se préoccupe que de la loi du mari ; la loi finlandaise vise également la loi de la femme (4).

Hongrie. — La législation hongroise ne contient aucune disposition générale concernant l'état et la capacité des personnes. Mais le principe de la personnalité est consacré par plusieurs textes (5). En matière de divorce et de séparation de corps on ne trouve dans la loi 31 de 1894 aucune disposition quant au droit applicable par les tribunaux hongrois. Mais la jurisprudence hongroise exige que les causes de divorce et de séparation

(1) *Répert.*, t. VI v° *Droit international privé de l'Espagne*, n° 76. Tribunal suprême d'Espagne, 6 novembre 1867. — AUDINET, *Cl.*, 1891, p. 110.

(2) *Revue*, 1933, p. 173.

(3) Art. 10, l. 5 décembre 1929.

(4) Ce système dont nous reparlerons aboutit, si les époux sont de nationalités différentes, à l'application de la loi nationale la plus restrictive et évite, ce qui peut se produire dans une décision allemande, l'écueil de l'inefficacité du jugement dans le pays de la femme.

(5) Loi sur la tutelle, n° 20, 1877. — Loi sur la procédure, 1911, n° 1.

de corps soient fondées sur la loi nationale des époux étrangers et sur la loi hongroise (1).

Italie. — L'article 6 du Code civil italien est rédigé de telle manière qu'aucun doute ne peut exister sur l'adoption pure et simple, en matière de statut personnel, de la loi nationale : « L'état et la capacité des personnes et les rapports de famille sont régis par la loi de la nation à laquelle elles appartiennent. »

Le divorce étant exclu en vertu de l'ordre public (2), l'appréciation des causes de la séparation de corps se fera suivant la loi nationale des conjoints.

Le projet de réforme du Code civil italien ne modifie pas sur ces points la législation encore en vigueur actuellement (3).

Par ailleurs les accords du Latran ont fortifié le principe de l'indissolubilité du mariage (4).

Pologne. — L'article 1 de la loi polonaise du 2 août 1926 donne compétence à la loi nationale : « La capacité personnelle d'une personne est régie par les lois de l'Etat dont cette personne est le ressortissant. » La loi du domicile n'intervient qu'à titre subsidiaire, quand l'étranger ne peut justifier d'aucune nationalité.

Le divorce et la séparation de corps font l'objet de l'article 17 de la même loi, aux termes duquel les causes de divorce et de séparation de corps devront être appréciées d'après les lois de l'Etat dont ressortissent les époux au moment de la demande. En cas de changement de nationalité du ménage, les causes invoquées ne seront retenues, si elles sont antérieures à l'acquisition de la nouvelle nationalité, que si elles étaient causes de

(1) Hajnal, *Le droit international hongrois en matière de mariage et de divorce. Cl.*, 1930, p. 891.

(2) Les étrangers ne peuvent obtenir le divorce en Italie : C. cass. Turin, 21 novembre 1900. *Cl.*, 1901, 392. — C. cass., Florence, 6 déc. 1902. *Cl.*, 1903, 910. — Messine, 30 juin 1905. *Rev. prat. de D. I. P.*, 1906, 365. — V. *infra* au chapitre de l'ordre public, p. 155.

(3) Audinet, *Le droit international privé dans le projet de réforme du Code civil italien. Cl.*, 1932, p. 323 et s. — Gemma, *Notes de droit international privé relatives aux réformes législatives italiennes. Rev.*, 1930, p. 34 et s.

(4) Valéry, *Les accords du Latran et le droit international privé. Cl.*, 1930, p. 289.

divorce et de séparation de corps dans la nationalité précédente (art. 17, al. 2) (1).

Roumanie. — Le Code civil de 1865 dans son article 2, alinéa 2 précise que l'état et la capacité des Roumains résidant à l'étranger sont régis par les lois roumaines. La jurisprudence, en vertu d'une idée de réciprocité, décide d'appliquer la même règle aux étrangers résidant en Roumanie (2) ; si bien que seules les causes de divorce ou de séparation de corps prévues par leur loi nationale seront admises (3).

L'avant-projet de Code civil roumain reste fidèle à ces principes. L'article 12 destiné à remplacer l'article 2 comporte des dispositions bilatérales, analogues à l'article 6 du Code italien, mais cependant plus précises : « La personne reste soumise à sa loi nationale en ce qui concerne son état civil, sa capacité et ses rapports de famille. »

L'article 24 du même avant-projet renvoie à la loi nationale des époux pour la détermination des causes de divorce (4) et n'innove que pour les époux de nationalités différentes (5).

Suède. — La loi suédoise du 8 juillet 1904 dans sa rédaction du 12 novembre 1915 « concernant certains rapports relatifs au mariage et à la tutelle » se réfère d'une façon générale à la loi nationale, dont la compétence est consacrée à diverses reprises dans la législation suédoise.

Pour ce qui est du droit au divorce ou à la séparation de corps, les textes suédois ne font, en somme, que reproduire ceux de la convention de La Haye, du 12 juin 1902 (6).

(1) V. Babinski, *Le droit international privé en Pologne et la loi du 2 août* 1926. *Revue*, 1927, p. 463. — Textes de la loi. *Rev.*, 1928, p. 190. — *Répert.*, t. VII v° *Dr. int. priv. Pologne*, n° 58.

(2) Bucarest, 9 mai 1901. S. 1904.4.21.

(3) Jassy, 14 mai 1883. *Le Droit*, 1903, n° 15.

(4) La séparation de corps n'existe pas et ne peut être prononcée pour des raisons d'ordre public en Roumanie.

(5) Antonesco, *Observations sur l'avant-projet du Code civil roumain en mat. de Dr. int. priv. Revue*, 1933, p. 155 et s.

(6) L. 8 juillet 1904, chapitre III, art. 2, § 1. « Le divorce et la séparation de corps ne sont accordés aux sujets étrangers que si le genre de séparation

Suisse. — Ce pays est rangé par certains auteurs parmi ceux qui admettent la compétence législative de la loi du domicile (1). Cependant telle ne paraît pas être la solution admise dans l'article 59, 7 *h* et 7 *i* du Code civil suisse titre final, relatif aux causes du divorce et de la séparation de corps. L'article 59-7 *h* dit exactement ceci : « Un époux étranger qui habite la Suisse a le droit d'intenter son action en divorce devant le juge de son domicile, s'il établit que *les lois ou la jurisprudence de son pays d'origine admettent la cause de divorce invoquée*, et reconnaissent la juridiction suisse. La cause de divorce, qui date d'une époque où les conjoints étaient régis par une loi différente de leur loi actuelle, ne peut être invoquée que si elle est consacrée aussi par la législation sous l'empire de laquelle cette cause s'est produite.

Lorsque ces conditions sont remplies, le divorce d'époux étrangers *est d'ailleurs prononcé suivant la loi suisse.* »

Article 59-7 *i* : « Les actions et les jugements relatifs à des étrangers domiciliés en Suisse peuvent, selon que la loi applicable le permet, tendre au divorce ou à la séparation de corps. La loi qui régit le divorce s'applique également à la séparation de corps comme à toute institution équivalente du droit étranger. »

Il paraît bien résulter de ce texte qu'il incombe au juge suisse de vérifier dans le droit national des époux l'existence de la cause de divorce ou de séparation de corps invoquée dans la demande. Mais la doctrine et la jurisprudence s'appuyant évidemment sur la phrase finale de l'alinéa 7 *h*, exigent en outre, ou bien que la cause alléguée existe dans le droit suisse, ou bien qu'il existe simultanément dans la même affaire une cause d'après le droit

demandé existe dans la *loi nationale* des époux et si la cause de séparation invoquée se retrouve dans la loi des époux et dans la loi suédoise ». Comp. art. 1 et 2 de la convention de La Haye.

Art. 2, § 2. « Lorsque les époux ont appartenu à un autre Etat étranger, ils ne peuvent invoquer, en vue de l'obtention du divorce ou de la séparation, un fait qui s'était produit alors, à moins que ce fait ne soit admis comme cause de divorce par les lois de cet Etat » (comp. art. 4 de la convention). V. *Rev.*, 1925, p. 561.

(1) Gutzwiller, *Cours de La Haye*, 1929, t. IV, p. 346.

suisse, fût-elle différente de celle invoquée dans le droit national (1).

Tchéco-Slovaquie. — D'après la loi tchéco-slovaque, l'élément déterminant est en principe la loi nationale (2) ; en matière de divorce et de séparation de corps, les tribunaux tchéco-slovaques se réfèrent à la loi nationale.

L'article 20 du projet de Code civil précise que « la dissolution du mariage et toute autre dissolution de la communauté conjugale sont régies par l'ordre juridique de l'Etat dont les époux sont ressortissants au moment où l'action a été intentée ou à celui de la formation de la demande » (3).

Section II.

Il n'est donné effet aux jugements étrangers que s'ils se sont conformés au principe de la loi nationale.

Ce n'est pas seulement quant au prononcé du jugement que doit se manifester le respect dû aux dispositions des lois nationales sur le droit à la dissolution du mariage et sur les causes de cette dissolution. Logiquement et comme corollaire de cette attitude, un jugement ne doit produire effet dans un pays dont la législation a consacré le système de la loi nationale, que s'il a été rendu conformément au droit national des époux.

(1) Reichel, *Commentaire du Code civil suisse*, p. 161. — Simond, *Div. et separ. de corps des étrangers domiciliés en Suisse. Cl.*, 1927, p. 618. — *Répert.*, t. VII, v° *D. I. P. Suisse*, n°s 155 et s. — Soit avant, soit après la dénonciation de la Convention de La Haye, les tribunaux suisses, pour prononcer le divorce entre étrangers, se préoccupent de savoir si leur loi nationale admet la cause alléguée de divorce (Cour de Genève, 28 nov. 1908. D. 1911.2.24). — Cr. de Genève, 2 nov. 1920. *Cl.*, 1921, p. 283. Tribunal fédéral, 15 nov. 1929. Aff. *Gross. Cl.*, 1930, p. 1156 et *Revue*, 1930, p. 698. Seuls les *effets* du divorce prononcé en Suisse sont entièrement régis par la loi suisse (Trib. fédéral, 12 juin 1924. *Cl.*, 1926, p. 800 (pension alimentaire); 13 mai 1925 (aff. *Guilivano*). *Cl.*, 1926, p. 1104).

(2) Legal, *Les conflits de lois en Tchécoslovaquie, Revue*, 1931, p. 54 ; *Répert.*, t. VII, v° *D. I. P. Tchécoslovaquie*, n° 118.

(3) *Revue*, 1931, p. 187 et s.

Il en est ainsi dans la jurisprudence française, qui a suppléé d'une manière aujourd'hui définitive, semble-t-il, à l'absence de textes sur la matière. Nous verrons que certaines législations étrangères ont prévu expressément les conditions d'efficacité des jugements étrangers de divorce ou de séparation de corps.

Le problème peut se présenter sous deux aspects différents. Tout d'abord, un tribunal français peut être requis de donner effet à un jugement étranger prononçant le divorce ou la séparation de corps entre Français ; dans ce cas, satisfaction ne sera accordée au demandeur (1) que si le jugement étranger qu'il invoque s'est conformé aux dispositions de la loi française (2).

En conséquence, des époux français ne pourront convertir en divorce une séparation de corps obtenue en pays étranger pour incompatibilité d'humeur ou par consentement mutuel (3).

Signalons qu'avant 1884, les tribunaux français refusaient tout effet aux décisions étrangères prononçant le divorce entre Français (4) ; c'est par application de cette ancienne législation que le tribunal civil de la Seine a récemment annulé, tout en lui attachant d'ailleurs les effets du mariage putatif, le deuxième mariage que le peintre Degas avait contracté aux Etats-Unis, en 1879, après avoir auparavant obtenu le divorce contre sa première femme conformément à la loi de son domicile et malgré les prohibitions de la loi nationale (5).

La question peut se présenter, avons-nous dit, sous un deuxième aspect. Un étranger entend se prévaloir en France d'un jugement étranger de divorce ou de séparation de corps. Si cette décision émane d'un tribunal du pays dont ressortit l'intéressé, elle produira effet en France sans exequatur : on présume que le

(1) La nécessité de l'exequatur est controversée. V. Marguerite Richard-Prassinos, Th., p. 288.

(2) Seine, 19 mai 1926. *Cl.*, 1928, 644.

(3) Seine, 11 juin 1901 et Paris, 14 mai 1902 (*Sornin*). *Cl.*, 1902, p. 841 ; Seine, 2 mai 1918 (*Malaud*). *Cl.*, 1918, p. 1182 ; Seine, 20 juillet 1920 (*Hamon*). *Cl.*, 1920, p. 668. *Revue*, 1920, p. 77.

(4) Seine, 7 février 1882. *Cl.*, 1882, 89 ; Seine, 24 avril 1883 (aff. *Edetvallée*). *Cl.*, 1883, p. 160.

(5) Seine, 6 février 1924. *Cl.*, 1925, 406.

jugement est exact puisqu'il a été rendu par la juridiction la plus compétente (1).

Mais il en est autrement si le divorce ou la séparation de corps a été prononcé hors de la patrie des intéressés ; l'exécution en France suppose l'examen de la compétence judiciaire et législative (2) ; cette dernière seule nous intéresse.

Pour être logique avec elle-même, la jurisprudence française doit refuser l'exequatur à une décision contraire au droit national de l'intéressé. C'est la solution adoptée par deux décisions du Tribunal de la Seine (3), qui ont refusé de donner effet à des jugements allemands par lesquels des époux italiens avaient obtenu le divorce, décisions qui avaient été rendues sous l'empire de la loi allemande du 7 février 1875 avant l'introduction du Code civil allemand, donc uniquement par application de la *lex domicilii.*

Dans une espèce récente (4) la Cour de Paris a également refusé toute efficacité à un jugement monégasque, prononçant le divorce entre époux Argentins, malgré les dispositions prohibitives du Code civil argentin sur ce point ; mais des considérations relatives au renvoi et à la fraude à la loi enlèvent à cette

(1) V. avis A. P. *Cl.*, 1929, p. 1210-1216. Très juridiquement, le tribunal de la Seine a jugé le 28 juin 1913 (dame *Camus. Cl.*, 1916, p. 170), que le *divorcio* prononcé au Brésil entre époux brésiliens n'était qu'une séparation de corps et que, par suite, devait être annulé le nouveau mariage contracté en France par l'un des conjoints.

(2) A vrai dire la distinction faite au texte est controversée ; pour certains auteurs, l'exequatur ne devient nécessaire que s'il est procédé à des actes d'exécution. En dehors de ce cas, l'exequatur serait inutile aussi bien dans le cas de jugement rendu dans le pays d'origine de l'intéressé, à moins qu'il ne s'agisse dans un cas comme dans l'autre de la dissolution d'un mariage célébré devant une autorité française. V. Perroud, *Répert.*, t. V, v° *Décisions judiciaires étrangères*, n^{os} 55 et s.

(3) Seine, 6 février 1901. *Cl.*, 1901, p. 138. — Seine (1re Ch.), 10 juillet 1901 (*Pératé*). *Cl.*, 1901, 967. — V. cependant en sens contraire Seine, 18 novembre 1901 (5^{e} Chambre). *Cl.*, 1902, p. 103 (aff. *Baron Meyer*) en tous points semblables aux espèces précitées, mais dans laquelle le tribunal a estimé que peu importe l'effet du jugement de divorce en Italie, et que l'article 3, § 3 du Code civil français ne prend pas parti sur le statut applicable aux étrangers.

(4) Seine, 15 juillet 1929 et Paris, 24 mars 1930 (aff. *de Luart*). *Revue*, 1930, p. 272. *Cl.*, 1932, p. 668.

espèce une partie de sa valeur jurisprudentielle quant au point que nous examinons (1).

A l'étranger, les pays qui donnent compétence à la loi nationale en matière d'état et de capacité subordonnent l'efficacité des jugements étrangers de divorce ou de séparation de corps intéressant soit leurs nationaux, soit des étrangers, aux mêmes conditions que celles exigées par la jurisprudence française.

C'est ainsi que les tribunaux italiens refusent l'exequatur à toute décision étrangère prononçant le divorce entre Italiens, non pas, comme on le prétend (2), pour des motifs d'ordre public, mais parce que le tribunal étranger n'a pas respecté les dispositions du statut personnel à ce sujet. Notamment est sans effet en Italie un jugement de divorce entre Italiens prononcé en Uruguay, conformément à la loi du domicile (3) ; même solution dans un arrêt de la Cour de Palerme, concernant le divorce aux Etats-Unis, d'Italiens qui ont bien acquis la nationalité américaine mais ne peuvent justifier avoir perdu la nationalité italienne (4). Enfin pourra être poursuivi pour bigamie l'Italien

(1) Nous aurons encore l'occasion d'examiner l'affaire *de Luart*. En effet aux termes de la loi argentine l'état et la capacité des argentins à l'étranger sont régis par la loi du domicile ; donc, en l'espèce, des époux Argentins domiciliés à Monte-Carlo pouvaient, d'après la *lex domicilii*, divorcer. Encore fallait-il, pour que ce divorce fût valable, que le domicile fût bien établi à Monaco ; le tribunal monégasque l'a estimé tel. Mais les tribunaux français ont jugé qu'il y avait fraude à la loi, notamment en ce que le mari n'avait jamais quitté l'Argentine et que dès lors la loi monégasque étant inapplicable, le divorce n'aurait pas dû être prononcé en raison de la défense édictée par le Code civil argentin. Dans une espèce semblable, divorce prononcé entre Argentins aux Etats-Unis, le tribunal de la Seine (11 juillet 1918, *Machaïn Cueto. Revue* 1919, p. 513) a homologué le jugement étranger, admettant le renvoi à la *lex domicilii* ; mais la fraude à la loi n'avait pu sans doute être établie.

(2) M. Richard-Prassinos, *op. cit.*, p. 306.

(3) Gênes, 3 juin 1912 (*Delpiazzo*). *Cl.*, 1913, 246. — Comp. Cass. Rome, 7 avril 1927 (*de Rosa c. Leconté*, motifs) *Annuario di diritto comparato*, t. IV-V, 3e partie, p. 670.

(4) Palerme (aff. *Rizzo c. Romano*), 24 novembre 1913. *Revue*, 1914, 196. Rapprocher Cour Turin, 29 juillet 1929 (*Bezzo c. Perrero*). *Riv. di. dir. internationale*, 1930, p. 241. Cour Trieste, 22 décembre 1930 (*Tonrat c. Couciat*). *Riv. d. dir. intern.*, 1931, p. 258.

qui, ayant divorcé à l'étranger, contracte un nouveau mariage en Italie en se faisant passer pour célibataire (1).

En outre, les tribunaux italiens refuseraient l'exequatur aux jugements qui auraient prononcé entre étrangers, soit le divorce, soit la séparations de corps, en contrevenant aux dispositions du droit national des époux (2).

En Allemagne, l'article 328-3° du Code de procédure civile prend en considération l'application de la loi allemande pour trancher le sort, en Allemagne, d'un jugement étranger de divorce entre Allemands. Cet article dit en effet que le jugement étranger ne sera pas reconnu quand on s'y sera écarté notamment des prescriptions de l'article 17 de la Loi d'introduction, donc quand le droit interne allemand n'aura pas été respecté (3).

Mais *quid* des jugements prononçant le divorce entre époux étrangers ? Si le divorce a été prononcé dans le pays d'origine des époux, le jugement sera reconnu en Allemagne, sauf considérations d'ordre public dont nous n'avons pas à parler ici. Si, au contraire, le jugement a été prononcé dans un pays tiers, logiquement le tribunal allemand devrait vérifier si les dispositions de la loi nationale des parties en cause ont été bien appliquées ; mais la jurisprudence allemande ne paraît pas avoir eu, à notre connaissance, l'occasion de se prononcer sur cette question. Nous avons vu que les tribunaux français refusent, par exemple, effet à un jugement allemand antérieur à 1900 prononçant le divorce entre Italiens. Il y a lieu de croire, semble-t-il, que les tribunaux allemands adopteraient une solution semblable. Cependant l'opinion a été formulée que le jugement

(1) Venise 8 mars 1928 (aff. *Cacitti*). *Cl.*, 1930, p. 244.

(2) Au cas où le jugement s'est conformé au statut personnel l'exequatur sera-t-il accordé ? C'est une question que nous retrouverons en traitant de l'ordre public. Voir *infra*, p. 164.

(3) Kammergericht, 20 oct. 1903, *Zeitschr. f. intern. Recht.*, t. XIV, p. 74. — K. G., 16 février 1909. *Cl.*, 1911, p. 286. — R. G., 19 avril 1920, *Warnrspr*, t. XIII, 161. — Frankenstein, *Int. privartecht*, t. I, p. 354, critique judicieusement, l'arrêt du 20 oct. 1903, en observant que le divorce avait été prononcé en Roumanie au domicile des époux et d'après la loi de ce domicile en 1893 c'est-à-dire à une époque où le droit allemand admettait la compétence de la loi du domicile.

étranger pourrait être reconnu, même si l'Etat d'origine refusait la reconnaissance (1).

Les mêmes principes paraissent bien être admis par les législations qui font régir le statut personnel par la loi nationale ; il a été jugé notamment par le Tribunal supérieur de Vienne que le mariage contracté par des Autrichiens catholiques ne peut être dissous par le divorce, même s'il a été contracté civilement à l'étranger ; par suite et quand bien même l'époux divorcé serait, après son divorce, devenu protestant, son remariage subséquent est nul en Autriche (2).

De même, la Cour supérieure de Stockholm n'a attaché aucun effet à une décision de divorce rendue par un tribunal russe, interdisant à un Suédois de se remarier (3), alors que rien dans la loi suédoise n'autorise cette défense.

Ultérieurement, l'article 5 de la loi suédoise du 8 juillet 1904, rédigée à nouveau le 12 novembre 1915, a décidé, en s'inspirant toujours du même principe, que les jugements étrangers de divorce, rendus dans le pays d'origine des conjoints, seraient reconnus sans révision, mais que les divorces prononcés dans le pays du domicile n'auraient effet en Suède que s'il y avait une cause de divorce d'après la loi nationale des époux (4).

En Finlande, l'article 12 de la loi du 5 décembre 1929 porte que le divorce d'un citoyen Finlandais à l'étranger ne sera confirmé que « si la mesure que comporte l'arrêt eût pu être fondée aussi sur la loi finlandaise » (5).

Notons enfin, à titre rétrospectif, que les tribunaux espagnols et portugais refusaient, avant l'introduction du divorce en Espagne et au Portugal, tout effet aux jugements étrangers divorçant leurs nationaux (6).

(1) Hans Lewald, *Répert.*, t. VII, v° *D. I. P. Allemagne*, n° 197.

(2) Tribunal Supérieur Vienne, 11 janvier 1905. *Cl.*, 1908, p. 1210.

(3) C. Sup. Stockholm, 21 février 1902. *Cl.*, 1904, p. 457.

(4) Sattler, *Le droit international matrimonial de la Suède dans ses rapports avec les conventions de La Haye et les autres législations européennes* (Compte rendu par Caleb, *Revue*, 1925, p. 561).

(5) *Revue*, 1933, p. 173.

(6) Tribun. synodal Barcelone, 24 janvier 1906. *Cl.*, 1907, p. 190. Trib. Suprême Lisbonne, 30 janvier 1920 (aff. *da Silva*). *Revue*, 1921, p. 132. Comp.

Section III.

Consécration du principe par la Convention de la Haye du 12 juin 1902.

Le principe de la loi nationale et ses applications pratiques quant au prononcé du jugement et aux conditions de son efficacité internationale ont été consacrés par la Convention de La Haye du 12 juin 1902 : les articles 1, 2 et 3 visent le principe lui-même et fixent la loi compétente pour déterminer les causes de divorce ou de séparation de corps ; l'article 7 prévoit dans quelles conditions un jugement étranger produira effet dans le pays d'origine et dans les pays tiers (1).

Des articles 1 et 2 (2) il résulte que les époux ne peuvent obtenir le divorce ou la séparation de corps si leur loi nationale prohibe ces institutions ou ne reconnaît pas le droit de divorcer pour la cause alléguée. A la vérité, les textes exigent aussi, en principe, que le divorce soit possible et qu'il y ait une cause de divorce ou de séparation de corps d'après la loi du pays où la demande est formée ; de sorte que le système de la Convention paraît être une combinaison de la loi nationale et de la *lex fori*, combinaison nécessaire pour obtenir l'adhésion de pays qui, pour des raisons d'ordre public territorial, n'admettent pas sur leur territoire, comme on le verra ci-après, le prononcé d'un divorce entre étrangers ou l'application de certaines causes étrangères de divorce ou de séparation de corps.

pour le Brésil, Rodrigo Octavio, *Le divorce et le mariage au Brésil au point de vue du D. I. P. Cl.*, 1913, p. 1082.— Bevilaqua, *Le D. I. P. dans l'introduction au Code civil brésilien. Revue*, 1920, p. 331.

(1) Travers, *Conv. de La Haye relative au divorce et à la séparation de corps.* — Renault, *Conv. de La Haye.*

(2) Article 1 : « Les époux ne peuvent former une demande en divorce que si leur loi nationale et la loi du lieu où la demande est formée admettent le divorce l'une et l'autre. Il en est de même de la séparation de corps. »

Article 2 : « Le divorce ne peut être demandé que si, dans le cas dont il s'agit, le divorce est admis à la fois par la loi nationale des époux et par la loi du lieu où la demande est formée, encore que ce soit pour des causes différentes. Il en est de même de la séparation de corps. »

Mais l'article 3 (1) ajoute que « seule la loi nationale sera observée si la loi du lieu où la demande est formée le prescrit ou le permet ». Il pourra donc arriver que, dans un pays donné, un divorce soit prononcé en vertu de la loi nationale des parties et contrairement aux dispositions internes de la loi locale. Mais jamais, même si la loi locale le permet, le divorce ne pourra être prononcé entre époux dont la loi nationale le prohibe. La conformité de la loi nationale sera toujours requise ; au contraire il appartient à la législation d'un pays donné de déterminer elle-même si elle juge bon d'exiger la conformité de sa loi propre. La Convention a donc bien adopté la loi nationale comme loi de principe. L'article 7 de la Convention ne fait qu'appliquer cette solution à la reconnaissance des jugements étrangers de divorce et de séparation de corps (2). N'auront efficacité que les décisions dans lesquelles auront été observées les règles édictées par la même Convention quant à la compétence législative. D'où il résulte qu'une décision rendue en dépit des dispositions contraires de la loi nationale sera sans effet non seulement dans le pays d'origine, mais encore dans les pays cosignataires de la Convention.

(1) Article 3 : « Nonobstant les dispositions des art. 1 et 2 la loi nationale sera seule observée, si la loi du lieu où la demande est formée le prescrit ou le permet ».

(2) Article 7 : « Le divorce et la séparation de corps prononcés par un tribunal compétent aux termes de l'article 5 seront reconnus partout, sous la condition que les clauses de la présente convention aient été observées et que, dans le cas où la décision aurait été rendue par défaut, le défenseur ait été cité conformément aux dispositions spéciales exigées par la loi nationale pour reconnaître les jugements étrangers. Seront reconnus également partout le divorce et la séparation de corps prononcés par une juridiction administrative, si la loi de chacun des époux reconnaît ce divorce et cette séparation. »

CHAPITRE III

PORTÉE DU PRINCIPE

La question du divorce des étrangers soumis à des lois confessionnelles a soulevé de grandes difficultés devant les tribunaux français, qui ont été, à cette occasion, appelés à préciser la portée et les limites du principe consacrant l'application en France aux étrangers de leurs lois nationales comme lois de statut personnel.

Ces difficultés proviennent de ce que, dans cette hypothèse, et notamment dans celle du divorce d'étrangers de religion israélite, la loi nationale à laquelle se réfère le tribunal saisi, se confond, en ce qui touche la dissolution du mariage, avec la loi religieuse, dont certaines dispositions sont d'une nature telle qu'on ne voit pas bien si elles édictent des conditions de fond, faisant comme telles partie du statut personnel, ou si elles ne constituent pas plutôt des règles de procédure, à portée simplement territoriale.

S'agit-il de prescriptions prohibant le divorce ou la séparation de corps ou les autorisant pour des causes déterminées, la solution n'est pas douteuse : ces prescriptions édictent des conditions de fond auxquelles le tribunal saisi devra se conformer par application du principe de la loi nationale. C'est ainsi que la Cour de Paris, puis la Cour de cassation rejetèrent la demande en divorce formée par une Israélite autrichienne contre son mari également Israélite, pour ce motif que les articles 133 à 135 du Code civil autrichien, ne permettent pas à la femme israélite de demander le divorce contre son mari (1).

(1) Aff. *Mosticzker*, Paris, 9 mars 1904. *Cl.*, 1904, p. 678. — Civ., 30 oct.

Pareillement il a été jugé qu'une Française d'origine devenue Polonaise par son mariage avec un Polonais devant l'Eglise catholique ne peut divorcer en France, la loi nationale polonaise appliquant dans ce cas la règle canonique de l'indissolubilité du mariage (1). De même encore, il a été jugé en Belgique que le divorce entre Israélites polonais ne peut être prononcé que pour des causes admises par la loi mosaïque, que reconnaît la loi polonaise (2).

S'agit-il au contraire de dispositions par lesquelles la loi religieuse subordonne, en outre, la dissolution du mariage à l'observation de certains rites mosaïques exigeant l'intervention d'un rabbin, la question devient beaucoup plus délicate, car il va falloir déterminer le caractère de ces prescriptions.

Est-ce une règle d'organisation judiciaire, attributive, dans le pays dont les époux ressortissent, de compétence aux autorités rabbiniques ? S'il en est ainsi, les juges étrangers saisis n'ont pas à en tenir compte, et doivent y substituer leurs propres règles d'organisation judiciaire conformément au principe que tout ce qui a trait à la procédure est soumis à l'empire de la *lex fori*. Mais n'est-ce pas plutôt une règle de fond, au même titre que l'existence de la cause invoquée dans la loi nationale ? Dans ce cas, le tribunal saisi devra la respecter conformément au principe que le statut personnel est régi par la loi nationale.

Pour résoudre le problème ainsi posé, il faut, à notre avis, distinguer suivant que la loi nationale compétente organise un divorce exclusivement religieux, ou prescrit un divorce en deux phases, mais avec priorité du divorce religieux sur le divorce civil, ou enfin considère comme prépondérant le divorce civil, qui doit précéder la célébration religieuse. Telles sont les trois hypothèses que nous nous proposons d'étudier en trois paragraphes.

1905. D. 1906.1.305 (note P. Binet) et *Revue*, 1906, p. 730 (rapport Falcimaigne).

(1) Req., 12 février 1895 (*Lenthé*). D. 1896.1.377 (rapport Denis).

(2) Cour de Bruxelles, 8 janvier 1927 (*Silbermann c. Seidenschnur*). *Cl.*, 1928, p. 487.

Section I.

Le divorce est exclusivement religieux.

Les difficultés se sont élevées en France principalement à l'occasion du divorce des Israélites russes ; mais il importe de noter que la question se poserait dans les mêmes termes s'il s'agissait de personnes appartenant à d'autres confessions, mais soumises, par leur statut personnel, à des prescriptions confessionnelles en matière de divorce : elle se poserait notamment, et cela aujourd'hui même, pour le divorce de certains Israélites grecs et des musulmans demeurant en Grèce (1).

L'affaire Levinçon, qui a donné lieu à une abondante littérature (2), permet mieux que toute autre de délimiter le problème et de procéder à la recherche d'une solution rationnelle, c'est-à-dire ayant une portée véritablement internationale ; car pour nous, une solution qui ne tend pas vers ce but reste sans valeur ; c'est là un principe que nous avons déjà exposé, mais auquel nous aurons maintes fois l'occasion de nous référer.

Rappelons en quelques mots cette espèce célèbre : une action en divorce est intentée devant les tribunaux français par une dame Levinçon contre son mari ; les époux étant de nationalité russe et de religion israélite, les juges français se réfèrent, pour

(1) V. § III de la présente section.

(2) V. notamment, en dehors des décisions judiciaires et des notes d'arrêts que nous aurons à citer : Soifer, *La jurisprudence française sur le divorce des étrangers soumis à des lois confessionnelles.* Th. Dijon, 1916. — Du même auteur : *Du divorce des israélites russes dans les rapports internationaux. Cl.*, 1917, p. 1299. — Renée Lévy, *Le divorce juif.* Thèse Nancy, 1929. — V. encore Mandelstam, *Du mariage et du divorce dans les rapports internationaux au point de vue du droit russe. Cl.*, 1902, p. 243 et 463. — Cluzel, *Le mariage et le divorce confessionnels des étrangers en France. Cl.*, 1909, p. 537 et s. — L. Weil, *Le divorce des israélites russes en France. Rev.*, 1908, p. 761 ; id. 1909, p. 140. — Jordan, *Portée et limite du principe concernant l'application par les tribunaux français aux étrangers de leurs lois nationales régissant leur statut personnel spécialement en matière de mariage, de divorce et de séparation de corps. Rev.*, 1922, 23, p. 370. — Perroud, *Le mariage et le divorce dans les législations à caractère confessionnel. Cl.*, 1922, p. 5. — De Vos, *Quelques mots sur les mariages et les divorces confessionnels. Rev. Inst. Dr. comp.*, 1927, p. 65. — A. Bertrand, *Divorces religieux orthodoxes russes. Rev. Inst. Dr. comp.*, 1928, p. 131.

apprécier la recevabilité de la demande, à leur loi nationale et sont amenés ainsi à constater que la législation russe (Titre X, chapitre I du *Svod*, art. 1325 et s.) soumet le divorce des Israélites à l'examen exclusif des rabbins, qui seuls ont qualité pour prendre une « décision » et « accomplir le divorce », suivant la loi mosaïque. Or cette dernière prescrit, outre l'observation de dispositions relatives aux causes de divorce, l'accomplissement de rites confessionnels sans lesquels le divorce ne peut exister : ce sont là des formes inséparables du fond au même titre qu'en France il ne peut y avoir de constitution d'hypothèque sans acte authentique : *forma dat esse rei.*

Cette nature toute particulière du divorce des israélites russes, dont n'avait pas tenu compte le tribunal de la Seine (1) en première instance, fut prise au contraire en considération par la Cour de Paris (2), dans les termes suivants : « Attendu que la rupture du lien conjugal entre Israélites restés soumis, au point de vue civil, à leur loi religieuse ne peut, en effet, résulter que de la célébration des rites prescrits par cette loi » ; et plus loin : « Attendu qu'il suffit que la dissolution du mariage doive, pour être valable, revêtir une forme rituelle, pour que le juge français, auquel il est interdit de s'ingérer dans les matières religieuses, ne puisse y participer... » (3).

L'arrêt de la Cour de Paris, qui, ainsi motivé, fut approuvé par la Cour de cassation (4), a donc attribué aux rites religieux le caractère non pas d'une simple forme procédurale, mais d'une cérémonie essentielle inséparable du fond et commandée comme le fond par la loi nationale. En conséquence, ces juridictions, liées par le principe de laïcité, se déclarent « sans qualité et sans pouvoir pour prononcer la dissolution du mariage des époux Levinçon, renvoient la dame Levinçon à se pourvoir ainsi qu'elle avisera devant toute autorité ou juridiction ayant compétence et pouvoir d'après son statut personnel » (5).

(1) Seine, 5 mars 1901.
(2) Paris, 17 mars 1902. *Cl.*, 1903, p. 342. D. 1903.2.49 (note Bartin).
(3) On trouvera ces deux passages dans la *Revue*, 1905, p. 522 et 523.
(4) Cass. civ., 29 mai 1905. D. 1905.1.353. — S. 1906.1.161 (note Pillet). *Revue*, 1905, p. 518.
(5) Dispositif de l'arrêt de la Cour de Paris.

Cette solution fut sévèrement critiquée par la doctrine, qui développa trois arguments tirés soit de l'interprétation de la loi russe et de la loi mosaïque, soit de la théorie des qualifications en droit international, soit enfin de considérations d'ordre purement pratique.

Certains auteurs, qui ont étudié de très près la pratique des divorces israélites dans la Russie des tsars, soutiennent que, malgré les apparences, ce divorce n'avait pas le caractère religieux et rituel que la jurisprudence française a cru devoir lui attribuer ; que les rabbins chargés d'y procéder étaient non pas les véritables ministres du culte, mais des fonctionnaires gouvernementaux souvent très ignorants de la loi mosaïque ; que leur mission consistait, non pas à accomplir des rites et à prononcer en une forme sacramentelle une décision religieuse, mais à consigner sur un registre les déclarations des parties et à jouer le rôle d'un officier de l'état civil ; qu'enfin d'après la loi mosaïque elle-même, le rabbin, loin de jouer un rôle actif et d'opérer la dissolution du mariage, était simplement chargé de veiller à ce que l'acte de divorce, œuvre du mari, fût correctement rédigé et fût accepté par la femme.

Ils en concluent qu'il n'y avait dans tout cela que des règles de compétence et de procédure n'ayant, aux yeux des Israélites eux-mêmes, aucun caractère religieux, et que, par suite, les tribunaux n'avaient pas à s'en inquiéter, la *lex fori* devant seule être observée en pareille matière (1).

Il se peut que l'administration tsariste, défavorable aux Juifs, ait interprété dans un sens laïc les dispositions de la loi russe. Mais nos tribunaux devaient-ils se conformer à cette interprétation, alors que cette loi attribuait aux « rabbins » une compétence exclusive, « les chargeait d'accomplir le divorce » et de prononcer une « décision » ? Quant à la loi mosaïque, à laquelle les rabbins devaient se conformer, nous lisons dans le « *Formulaire de la répudiation* », extrait du Code de Karo (2)

(1) L. Weill, *op. cit. Revue*, 1908, p. 759 et s. ; 1909, p. 140 et s. — M. Soifer, *op. cit.* Th. Dijon, 1916, p. 172 et s. *op. cit., Clunet*, 1917, p. 1299 et s. — Renée Lévy, *op. cit.*, 1929, p. 136 et s.

(2) V. le texte dans R. Lévy, thèse précitée, p. 147 et s.

que la cérémonie du divorce juif comprend tout un ensemble de paroles et de gestes sacramentels, par exemple, l'enlèvement des bagues de la femme, la remise entre ses mains de l'acte de répudiation, et que le rabbin la termine en déclarant *anathème*, quiconque doutera de la régularité du divorce. On ne saurait considérer comme de simples formes de procédure civile tout ce cérémonial, dont le caractère religieux correspond à celui du mariage. Les tribunaux français ont donc pu juger à bon droit que le divorce des israélites russes était subordonné par leur loi nationale à l'accomplissement de rites confessionnels assimilables à des règles de fond.

D'autres auteurs, sans contester le caractère religieux du divorce des Israélites russes, reprochent aux arrêts Levinçon d'avoir assimilé à des règles de fond et, par suite, considéré comme rentrant dans le domaine d'application de la loi nationale des parties, des formes qui, pour être confessionnelles, n'en sont pas moins des formes aux yeux de la loi française, et doivent en conséquence être régies par la loi du for. Ils accusent cette jurisprudence d'avoir sacrifié à la qualification russe, qui fait de l'accomplissement des rites confessionnels une règle de fond, la qualification française qui attribue à la cérémonie religieuse le caractère d'une simple règle d'organisation judiciaire et de procédure, soumise à la *lex fori*, conformément au système français de droit international privé, seul système applicable en territoire français en vertu du principe de la souveraineté des Etats ; d'où il suit que les tribunaux français auraient dû substituer leur compétence à celle de la juridiction confessionnelle et leurs formes procédurales aux rites de la religion juive (1).

On ajoute enfin que la solution adoptée dans l'affaire Levinçon présentait un inconvénient pratique, puisqu'elle obligeait des individus établis en France à entreprendre de longs et coûteux voyages pour obtenir justice dans leur pays d'origine : les

(1) Cluzel, *Cl.*, 1909, p. 27. — Niboyet, *Manuel*, n° 752, p. 869. — Jordan, *Revue*, 1922-1923, p. 378. — Audinet, *op. cit.*, p. 242. — Bartin dans Aubry et Rau, 5e éd., t. VII, § 490, p. 408-411, notes 7 et 9. — Perroud, *Cl.*, 1922, p. 5. — Richard-Prassinos, *op. cit*, p. 219 et s.

mettre dans une pareille nécessité, c'était presque se rendre coupable d'un déni de justice.

Cependant la jurisprudence, n'a pas tenu compte de ces critiques et a fait application à maintes reprises des directives données dans l'affaire Levinçon (1). Toutefois, il convient de signaler que les tribunaux français ont dû, en raison des circonstances, abandonner cette solution, du moins en ce qui concerne les orthodoxes et les Israélites russes. Avant la reconnaissance des Soviets, cette attitude s'est justifiée par le désir d'éviter de commettre effectivement un déni de justice, les juridictions ecclésiastiques ayant été supprimées par la révolution russe (2). Depuis la reconnaissance officielle des Soviets par la France (3), le statut personnel des Russes est devenu, en matière de divorce, le Code soviétique de la famille, code qui est dépourvu de tout caractère religieux et dont les articles 85 et suivants s'appliquent au divorce des citoyens russes en quelque forme que leur mariage ait été célébré. Cette réforme a mis fin, pour les Russes, aux difficultés nées du cérémonial religieux du divorce (4).

(1) Israélites russes :

Paris, 21 juin 1910 (*Frenkel*). *Cl.*, 1910, p. 205 et *Rec.*, 1910, p. 837. — Req., 20 juillet 1911 (même affaire). *Cl.*, 1912, p. 205 et D. 1912.1.64. — Seine, 9 mai 1911 (Levin). *Cl.*, 1914, p. 180 et *Rev.*, 1911, p. 640. — Seine, 18 nov. 1911 (*Rosenbaum*). *Cl.*, 1912, p. 192 et *Rev.*, 1912, p. 368. — Paris, 26 déc. 1912 (*Pressac-Levin*). *Cl.*, 1914, p. 180 et D. 1914.2.47. — Seine, 11 mars 1913 (*Mendelovitch*). *Cl.*, 1914, p. 179 et *Rev.*, 1913, p. 446. — Bordeaux, 12 juin 1919 (*Fridberg*). *Rev.*, 1920, p. 141. — Seine (8e Chambre), 9 déc. 1921 (*Tournansky*). *Rev.*, 1922-1923, p. 426. — Comparer en Belgique, Bruxelles, 25 mars 1905 (*Perlmann*). *Rev.*, 1905, p. 753.

Orthodoxes russes :

Seine, 13 juillet 1911 et Paris, 26 janvier 1914 (*Stankiewicz*). *Cl.*, 1917, p. 602 et *Rev.*, 1920, p. 138.

Israélites ottomans :

Marseille, 7 mai 1908 (*Caracorda*). *Cl.*, 1909, p. 189. — Seine, 20 janvier 1913 (*Soulam*). *Cl.*, 1914, p. 177.

Catholiques ottomans :

Paris, 31 oct. 1910 (*Galy*). *Rev.*, 1911, p. 82.

(2) Décret n° 152 du 28 déc. 1917. — V. en ce sens, Seine, 24 déc. 1921 (*Bermann*). *Rev.*, 1922-1923, p. 426. — Seine, 11 juin 1921 (*Titoff*). *Rev.*, 1921, p. 519 et S. 1924.2.9 (note Audinet).

(3) 28 oct. 1924.

(4) Paris, 30 avril 1926 (aff. *Chiger*). *Cl.*, 1926, p. 944 (note Perroud). S. 26.2.89 (note Niboyet) et D. 1927.2.1 (note Savatier, qui examine si la

On peut d'ailleurs se demander si l'arrêt Levinçon méritait les critiques qui lui ont été adressées par la doctrine. Les auteurs ont prétendu que les tribunaux avaient fait une fausse qualification et exagéré le contenu du statut personnel. Cependant nous croyons avoir démontré que le rite religieux est dans toutes les affaires citées, mêlé d'une façon si intime au fond qu'il en est inséparable et qu'il constitue par là même une véritable condition de fond. On a dit encore qu'en adoptant cette qualification « la Chambre civile a sacrifié purement et simplement, et sans la moindre nécessité la *lex fori* à la loi russe, le droit international français au droit international russe, la souveraineté française à celle d'un pays étranger » (1). A la prétendue exagération du statut personnel, ne peut-on pas opposer cette exagération manifeste du principe de la souveraineté dont on a dit à juste titre que c'était « l'une des causes de l'état chaotique actuel du droit international privé » (2) ? Au surplus, aurait-on abouti ou pu aboutir à une solution satisfaisante en respectant ce principe de la souveraineté, c'est-à-dire en faisant prévaloir le système français des qualifications ? Assurément non, car la décision ainsi rendue aurait été sans valeur dans le pays d'origine et en contradiction avec le but international du droit international.

Nous croyons au contraire que les arrêts rendus dans l'affaire Levinçon contenaient en germe une solution à la fois rationnelle et pratique, et cela dans le dispositif de l'arrêt de la Cour de Paris. Bien que l'ayant déjà reproduit, nous croyons devoir en rappeler les termes : « Renvoie la dame Levinçon à se pourvoir, ainsi qu'elle avisera, devant toute autorité ou juridiction ayant compétence et pouvoir d'après son statut personnel. »

nouvelle législation est compatible avec l'ordre public français v. *infra*, p. 162). — Nice, 30 mai 1928 (aff. *Lisiecky*). *Cl.*, 1929, p. 374. — Comparer : Bruxelles, 16 juin 1928. *Cl.*, 1929, p. 773 et *Revue*, 1929, p. 135, duquel il résulte que, la Belgique n'ayant pas reconnu les Soviets, le divorce des Russes orthodoxes ou israélites reste soumis au cérémonial religieux de l'ancienne Russie. — Strasbourg, 13 février 1924, *Rev.*, 1925, p. 355.

(1) Niboyet, *Manuel*, p. 869.

(2) Frankenstein, *Cours de La Haye*, 1930, t. III, p. 274.

On a interprété cette phrase comme un refus absolu des tribunaux français de connaître des divorces entre étrangers soumis à des législations purement confessionnelles, et comme un renvoi des parties à se faire juger *dans leur pays par l'autorité religieuse* (1). Cependant n'aurait-on pas pu y voir un simple renvoi devant une autorité religieuse, par exemple, devant le grand rabbin de Paris, qui aurait célébré le divorce ecclésiastique ? Le tribunal laïc, devant lequel les parties seraient ensuite revenues, aurait examiné la recevabilité de *l'action civile en divorce*, en constatant que le divorce religieux avait été régulièrement accompli et en recherchant si, dans l'espèce, il y avait une cause de divorce compatible avec l'ordre public français. Le tribunal aurait rejeté la demande formée par des époux, incapables de justifier de l'accomplissement du cérémonial religieux, mais l'aurait prononcé si cette condition avait été respectée, et si une cause, peut-être différente, permettait de prononcer le divorce civil en France.

La décision ainsi rendue aurait eu une portée vraiment internationale, puisqu'elle aurait pu avoir efficacité en France et à l'étranger tant au regard du pays d'origine que des pays tiers.

Cette solution échappe à la critique, soit du point de vue pratique puisqu'elle épargne aux intéressés tout déplacement et supprime le déni de justice, soit au point de vue théorique puisqu'elle respecte également les diverses souverainetés en présence.

Elle est en tous points conforme à l'esprit du droit international. Qu'on ne dise pas qu'elle est en contradiction avec le principe de laïcité, principe d'ordre public en France. Ce principe interdit bien aux juges, suivant la formule de l'arrêt Levinçon, de « s'ingérer dans les matières religieuses », mais ne les empêche pas de tenir compte d'une loi étrangère imbue d'esprit religieux. Les tribunaux français n'ont pas hésité, soit avant soit même après la séparation des Eglises et de l'Etat, à tenir compte de l'exception de catholicité, consacrée en Autriche et en Pologne,

(1) Bartin, note D. 1903.2.52.

pour rejeter des demandes de divorce formées entre ressortissants de ces deux pays (1). De même, ils doivent respecter les exigences d'une loi étrangère qui subordonne le divorce de ses nationaux à un cérémonial confessionnel.

Ajoutons enfin que notre interprétation de l'arrêt Levinçon aurait beaucoup mieux sauvegardé l'ordre public en France que la pratique tout à fait illégale qui s'était établie, notamment dans le département de la Seine, à la suite de cet arrêt. On a vu en effet, nombre d'Israélites se faire divorcer à Paris par le rabbin et obtenir, avec la complicité du Parquet de la Seine, la transcription de ces divorces rabbiniques sur les registres de l'état civil sans aucun contrôle de nos tribunaux (2).

De la question, aujourd'hui périmée, des divorces rabbiniques entre Israélites russes, il faut rapprocher celle, naguère encore vivante, des séparations de corps canoniques entre Espagnols catholiques. Avant la loi du 2 mars 1932 sur le divorce et la séparation de corps, l'article 80 du Code civil espagnol réservait aux tribunaux ecclésiastiques le droit de prononcer la séparation de corps entre époux unis par un mariage canonique, les tribunaux civils ne peuvent connaître que des effets civils de cette séparation (art. 81), après l'introduction de la demande devant l'autorité religieuse (art. 67 et 68). Au sujet d'une demande en

(1) Req., 12 février 1895 (aff. *Lenthé*). D. 96.1.377 (rapport *Denis*) ; Civ., 30 oct. 1905 (aff. *Mosticzker*). D. 1906.1.305 (note Binet).

(2) V. *Revue*, 1911, p. 641, note s. Seine, 9 mai 1911. — Boussus, *Divorce et séparation de corps des étrangers en France*, p. 96. Cet auteur cite (p. 97) un jugement du tribunal de la Seine du 28 mars 1930, qui, à la suite d'un divorce obtenu par un israélite égyptien devant les autorités rabbiniques de Paris, s'est déclaré compétent pour statuer sur le divorce au point de vue civil, solution qui, à notre avis, est la seule légale. Un arrêt de la cour de Nancy du 17 juin 1922, *Revue*, 1922-1923, p. 434, a considéré comme valable un divorce prononcé en France par un rabbin entre israélites turcs. Mais en sens contraire, le tribunal de la Seine par jugement du 2 juin 1930 (*Gerebkow*), *Revue*, 1930, p. 457, déclare nul et sans effet en France un divorce prononcé entre Yougoslaves orthodoxes par le conseil diocésain de Paris. Même solution en Belgique au sujet d'un divorce prononcé par le rabbin d'Anvers entre israélites russes (Liége, 21 mars 1929, *Krimtschansky. Cl.*, 1929, p. 1159). Mais par une singulière inconséquence, on a déclaré valable en Belgique, bien que nul en France, le divorce prononcé entre Russes orthodoxes par l'autorité diocésaine des églises russes orthodoxes en Europe occidentale, que Kerensky avait instituée à Paris (Bruxelles, 16 juin 1928, *Digmeloff. Cl.*, 1929, p. 773. *Revue*, 1929, p. 135).

séparation de corps formée au Maroc par une dame Vergara, résidente espagnole, la Cour de Rabat déclare que « cette disposition n'édicte pas une simple règle de forme à laquelle pourrait être substitué le principe de la *lex fori*, mais bien une prescription sur le fond même du droit » ; et elle en conclut que le président du tribunal civil ne saurait autoriser la demanderesse à plaider en séparation de corps, ni prendre, *en l'état* (c'est-à-dire tant que l'autorité religieuse n'est pas saisie), des mesures provisoires en sa faveur (1). La Cour n'hésite donc pas à interpréter, suivant la qualification espagnole, comme une règle de fond, une disposition qui, suivant les conceptions françaises, pourrait être qualifiée règle de compétence ; et sans s'embarrasser de scrupules de laïcité, elle tient la main à ce que soit observé le cérémonial religieux prescrit par la loi nationale des parties, se réservant d'ailleurs de statuer ultérieurement sur les effets civils de la séparation canonique, effets parmi lesquels doit figurer sans doute en première ligne le prononcé d'une séparation de corps au civil. N'est-ce pas exactement le sens que nous attribuons à l'arrêt Levinçon ? M. Lerebours-Pigeonnière pense concilier avec cet arrêt, tel qu'on l'interprète généralement, la solution donnée par la Cour de Rabat, en soutenant qu'au Maroc, à la différence de ce qui a lieu en France, le principe de laïcité n'est pas d'ordre public international (2). Mais sa démonstration, qui ne repose que sur le silence des textes, ne nous paraît pas convaincante. A notre avis, les deux arrêts procèdent de la même pensée : « Rendez à César ce qui est à César et à Dieu ce qui est à Dieu » (3).

(1) Cr. de Rabat, 21 mai 1929, *Vergara*. D. 1930.2.65 (note Lerebours-Pigeonnière). Comp. trib. civ. Bruxelles, 25 juin 1930, *De Acevedo c. Casanova*, *Cl.*, 1932, p. 488. — Contra Alger, 7 mars 1898, *Miralès*. D. 99.1.106, qui, par application de la loi française, avait écarté toute compétence canonique.

(2) Lerebours-Pigeonnière, note précitée, p. 68, col. 1.

(3) Si l'analogie est grande entre l'affaire *Vergara* et l'affaire *Levinçon*, c'est à tort qu'on a cru pouvoir établir un rapprochement entre la question des divorces confessionnels et l'affaire dite « du bill canadien », où les tribunaux français se sont substitués au Parlement du Canada pour statuer sur un divorce entre ressortissants de ce pays (Douai, 29 janvier 1924. S. 1924.2.113, note Niboyet). Il ne saurait être question d'assimiler à une condition de fond l'intervention du pouvoir législatif canadien en cette matière. Il n'y a là qu'une

Section II.

Le divorce religieux précède le divorce civil.

A la différence de l'affaire Levinçon, les espèces que nous allons maintenant examiner ont mis en jeu des législations où le divorce s'opère en deux phases, nettement distinctes, une phase civile et une phase religieuse, mais où le divorce religieux doit précéder le divorce civil. Il en est ainsi notamment dans les dispositions applicables au divorce des Polonais originaires de l'ancienne Pologne russe (1) : les autorités rabbiniques procèdent à la dissolution du mariage ; et c'est alors seulement que le tribunal civil intervient attribuant au prononcé préalable du divorce religieux la portée d'une condition de fond préalable au divorce

question de compétence, qui relève de la *lex fori*. — A rapprocher de l'affaire *Vergara* la décision rendue le 25 juin 1930 par la Cour de Bruxelles (Pas., 1930, III.36. *Rev. Ins. Dr. Comp.*, 1932, p. 264) qui décide que les tribunaux belges ne peuvent se substituer aux tribunaux espagnols pour prononcer la séparation de corps entre sujets espagnols.

(1) Il est absolument indispensable de préciser, quand on vise des Israélites polonais, de quelle partie de la Pologne, ces Israélites sont originaires ; sinon il y a omission génératrice de confusion qui se retrouve et en doctrine (V. Richard-Prassinos, Th., p. 234) et en jurisprudence (aff. *Kohn*, Paris, 23 mars 1922. D. 1922.2.62 ; cette hypothèse paraît concerner un Israélite originaire de l'ancien royaume de Pologne et c'est là un cas qui est sans intérêt pour nous). Il existe à notre connaissance, non pas trois (Boussus, *op. cit.*, p. 175) mais quatre catégories d'Israélites polonais. Ils se subdivisent en :

1° Israélites originaires de l'ancienne Pologne prussienne : les art. 1564 et s. du C. civ. allemand sont applicables ;

2° Israélites originaires de l'ancienne Pologne autrichienne : le divorce religieux précède le divorce civil ; le tribunal civil ne doit que contrôler l'accomplissement de certaines formalités religieuses entourant le divorce religieux préalablement prononcé. Alors même que le divorce rabbinique a été régulièrement prononcé, le juge civil conserve toute liberté d'appréciation (art. 134 C. civ. autrichien) ;

3° Israélites originaires de l'ancien royaume de Pologne régis par l'art. 189 de la loi du 24 juin 1836 ; le divorce est purement civil mais précédé d'une décision du rabbin, décision qui ne lie pas le juge et à laquelle un arrêt de Cour de cassation polonaise de 1883 n'attribue que la valeur d'un avis d'expert ;

4° Israélites originaires des autres parties de l'ancienne Pologne russe : le tribunal civil ne peut prononcer le divorce civil que si le divorce religieux l'a déjà été ; et dans ce dernier cas, il est lié par la décision du rabbin.

Nous devons ces renseignements à l'obligeance de M. le Consul général de Pologne à Strasbourg.

laïc ; en outre il est tenu de prononcer le divorce, s'il est admis par les prescriptions confessionnelles (1).

Mais à supposer que des Israélites polonais soumis à ces dispositions introduisent en France une action en divorce, le tribunal saisi devra résoudre une difficulté analogue à celle de l'affaire Levinçon ; il s'agira en effet de savoir si la nécessité d'une dissolution préalable du mariage par l'autorité rabbinique doit être considérée comme une condition de fond du divorce entre Juifs polonais ou comme une règle de procédure (2).

Certaines décisions judiciaires n'hésitent pas à faire totalement abstraction de la phase religieuse et à lui attribuer ainsi la valeur d'une règle de procédure soumise non à la loi nationale, mais à la *lex fori*. Tel nous paraît être le sens d'un jugement rendu le 29 octobre 1930 par le Tribunal civil de Strasbourg (3), qui rejette une fin de non-recevoir tirée de ce qu'il n'a pas été auparavant procédé au divorce religieux par le rabbin. Les tribunaux français, décidé le jugement, ne sauraient se soumettre à une « procédure » établissant entre les plaideurs des différences d'ordre confessionnel, ce qui est contraire au principe de neutralité, règle d'ordre public. Ces motifs encourent les critiques que nous avons faites précédemment à propos de l'affaire Levinçon. Le Tribunal de Strasbourg, en définitive, se reconnaît compétent, prononce le divorce civil sans se préoccuper du divorce religieux, et ne confère ainsi à la décision qu'une valeur internationale toute relative, la Pologne étant mise à part, puisque le divorce n'y aura aucune efficacité (4).

D'autres décisions au contraire, sans affirmer catégoriquement que le divorce religieux est une condition de fond du divorce civil, concèdent que les autorités rabbiniques doivent délivrer

(1) Motifs. Metz, 20 mai 1931. (*Fajermann*). *Cl.*, 1932, p. 164.

(2) Nast, note sous Metz, 20 mai 1931. *Cl.*, 1932, p. 169.

(3) Aff. *Herszkowicz. Revue Jurid. d'A. L.*, 1931, p. 343, note Degand, D. 1932.2.167.

(4) Un arrêt rendu par la Cour de Colmar le 19 juillet 1927 (*Rev. jur. d'A. L.*, 1927, p. 532, aff. *Israel Z.*) ne précise pas d'où sont originaires les Israélites polonais en cause. Il s'agissait vraisemblablement d'Israélites originaires de l'ancienne Pologne russe et dans ce cas la Cour a résolu la question d'une façon bien simpliste en passant sous silence l'existence des rites confessionnels.

un avis certifiant pour quelles causes les intéressés sont divorçables : l'exigence de cette preuve aurait la valeur d'une règle de fond. C'est ainsi que dans l'affaire *Fajermann*, le Tribunal civil de Metz a, par voie d'analyse, distingué dans le côté religieux du divorce deux éléments : « les motifs de droit juif sur lesquels les rabbins s'appuient pour établir le bien ou le mal fondé de la demande, celui-ci étant seul compétent pour définir les causes de divorce admises par la loi mosaïque et pour constater si les griefs des parties rentrent bien dans les cas prévus par cette loi », et en outre « une partie qui doit être écartée comme règle de forme : c'est la forme religieuse de la dissolution du mariage exigée par la loi polonaise préalablement à la procédure purement civile » (1).

A notre avis, cette distinction ne correspond nullement au droit mosaïque : on n'y sépare pas les motifs et la célébration religieuse ; ce qu'on doit exiger, ce n'est pas seulement la preuve des causes du divorce ; c'est aussi l'accomplissement d'une solennité sans laquelle le divorce n'existe pas.

D'ailleurs, comme l'ont fait remarquer très justement MM. Nast (2) et Degand (3) la preuve d'une loi étrangère doit être considérée comme la preuve d'un fait ; or un fait peut être établi par tous moyens quelconques laissés à la libre appréciation des juges.

Mais tandis que ces auteurs s'accordent avec le tribunal de Metz pour considérer que le rabbin, jouant un rôle analogue à celui d'un expert, ne fait que fournir au tribunal des éléments de preuve à utiliser pour statuer sur la demande en divorce, il faut, si l'on veut rester fidèle au concept de la loi nationale des parties, dire que le rabbin accomplit une cérémonie solennelle préalable, sans laquelle il ne serait pas possible à l'autorité civile de prononcer le divorce.

(1) Metz, 20 mai 1931. *Fajermann. Cl.*, 1932, p. 165, note Nast et p. 644, note Perroud. — *Rev. d'A. L.*, 1931, p. 607, note Degand.
(2) *Cl.* 1932, p. 169.
(3) *Rev. jurid. d'A.-L.*, 1931, p. 613.

Section III.

Le divorce civil précède le divorce religieux.

La demande formée en France par les étrangers dont la loi nationale subordonne le divorce religieux au prononcé préalable du divorce civil doit très certainement être accueillie par le tribunal saisi ; car il n'est pas douteux que, dans cette hypothèse, les juges n'ont plus à examiner et à trancher la question de savoir si l'accomplissement du rite confessionnel constitue une condition de fond du divorce ou une règle d'organisation judiciaire spéciale aux instances en divorce. Encore faut-il auparavant analyser soigneusement les dispositions, parfois complexes et obscures de la loi étrangère, pouvoir dans un cas donné isoler la phase religieuse de la phase civile et dire avec certitude que, dans le pays d'origine, le prononcé du divorce par les tribunaux laïcs est dépourvu de tout élément religieux. C'est ainsi que M. le substitut Lyon-Caen a établi, à l'occasion d'une demande en divorce formée entre époux grecs devant le Tribunal de la Seine, qu'aux termes de la loi grecque actuellement en vigueur (1) le divorce est prononcé en Grèce entre chrétiens orthodoxes d'abord par les tribunaux civils, dont les jugements sont notifiés par le ministère public à l'autorité ecclésiastique, qui en assure à ce moment seulement l'exécution religieuse : le jugement rendu par l'autorité civile n'est sanctionné qu'après coup par les autorités religieuses au point de vue ecclésaistique. Aussi est-ce à bon droit que le Tribunal de la Seine a déclaré recevable une demande en divorce formée par la dame *Basiliadès* contre son mari et a ordonné, considérant que les lois helléniques sur l'état et la capacité suivent les Grecs à l'étranger (2), l'enquête

(1) Art. 636 C. P. C. modifié par la loi 3222 des 28 et 30 août 1924.

(2) Nous n'avons pas cru cependant devoir classer la Grèce, dans notre étude de droit comparé (V. p. 43) parmi les pays qui adoptent le système de la loi nationale, car la Grèce adoptant un système aussi peu international que possible, soumet l'état et la capacité des étrangers en Grèce — et notamment le divorce et la séparation de corps — à la loi grecque, § 31, loi 3222, 28-30 août 1924.

aux fins d'établir l'adultère du mari avec entretien d'une concubine au domicile conjugal, cause prévue par la loi n° 2228 du 24 juin-2 juillet 1920 (1).

Le divorce des Israélites grecs peut, au contraire, donner lieu à des difficultés. C'est qu'il existe en Grèce depuis la loi n° 2456 du 27 juillet-2 août 1920 deux catégories d'Israélites (2). Les uns, résidant sédentairement en Grèce dans une ville où il existe une communauté israélite dûment organisée, sont soumis, en matière de divorce, à la juridiction religieuse de la communauté, dénommée *Beth-Din* ; leur divorce est complètement soustrait à la juridiction civile et a un caractère exclusivement religieux. Aussi, à supposer qu'un Israélite grec, membre d'une communauté Beth-Din, intente en France une action en divorce, sa demande donnerait lieu à une nouvelle affaire Levinçon et devrait être, à notre avis, résolue dans le sens que nous avons indiqué dans nos développements sur le divorce des étrangers soumis à une législation purement confessionnelle (3).

Mais il reste les Israélites grecs qui ne sont pas membres d'une communauté israélite, soit parce que les conditions nécessaires à l'organisation d'une communauté ne sont pas remplies dans le lieu où ils sont domiciliés en Grèce (4), soit parce qu'ils ont cessé d'être membres de la communauté, ne résidant plus sédentairement en Grèce (5). Dans ce cas, l'Israélite relève, quant au

(1) Trib. Seine (6e Ch.), 20 nov. 1920, aff. *Basiliadès. Rev.*, 1921, p. 226 (conclusions Lyon-Caen).

(2) V. en ce sens note Youpis sous Cass. req., 5 juillet 1926, aff. *Sciaky. Rev.*, 1929, p. 258. — Cependant l'opinion contraire paraît avoir été soutenue par M. Carabiber au *Répert.*, t. VI, v° *D. I. P. Grèce*, n° 90 et s., mais basée sur des arguments dont nous avons dû renoncer à comprendre le sens.

(3) On exprime parfois l'opinion qu'il ne peut plus y avoir d'affaire *Levinçon*. Cependant le cas des Israélites grecs, membres des communautés Beth-Din n'est pas unique. En effet le divorce des musulmans grecs en France devrait être apprécié de la même façon, car la loi n° 2345 du 24 juin 1920 a maintenu la loi n° 147 du 5 janvier 1914 qui stipule, que les affaires ayant trait au statut personnel des musulmans, et notamment leur divorce, relèvent de l'autorité exclusive des tribunaux religieux musulmans. V. note Youpis, p. 264.

(4) L'Etat constitue par décret les communautés et les juridictions Beth-Din, dans les villes où plus de vingt familles sont établies et où une synagogue fonctionne.

(5) Note Youpis, p. 265.

divorce, des tribunaux ordinaires et de la loi générale. Aussi la Cour de cassation a-t-elle estimé, à juste titre, que les Tribunaux français avaient pu valablement connaître d'une instance en divorce intentée en France, par un Israélite grec non domicilié en Grèce, et apprécier la recevabilité de la demande en se référant à la loi déjà citée, nº 2228 du 24 juin-2 juillet 1920, qui est relative aux causes de divorce (1).

* * *

Quelle est en définitive notre pensée sur la portée et les limites de la loi nationale comme loi de statut personnel en matière de divorce et de séparation de corps. Faut-il y comprendre l'accomplissement, prévu par cette loi, des rites religieux d'un divorce ? Le juge civil étranger doit-il surseoir au prononcé du divorce civil jusqu'à ce que les parties aient accompli ce cérémonial religieux ? A ces deux questions, nous croyons devoir répondre affirmativement lorsque la loi nationale ne prévoit aucun prononcé civil du divorce ou le subordonne à l'accomplissement préalable d'un cérémonial religieux. Le rite religieux ne saurait alors être ni assimilé à des formalités de nature purement procédurale, ni même transformé en un avis motivé des autorités ecclésiastiques ayant la valeur d'une preuve. Nous considérons dans ce cas le rite confessionnel comme une condition de fond nécessaire et préalable au prononcé du divorce civil, car seule cette interprétation et cette exigence permettent de rendre une décision susceptible d'avoir une portée véritablement internationale. Il n'en est autrement que si la loi nationale, donnant le pas au civil sur la loi religieuse, prescrit de prononcer d'abord le divorce civil, laissant aux parties la faculté d'accomplir ensuite la dissolution religieuse du mariage.

(1) Req., 5 juillet 1926 (aff. *Sciaky*) précité.

CHAPITRE IV

DÉTERMINATION DE LA LOI NATIONALE

Dans certains cas, il peut être malaisé de déterminer la loi nationale applicable ; et c'est là une difficulté supplémentaire que le juge doit résoudre avant d'aborder le fond de l'affaire soumise à son examen. Saisi d'une demande en divorce, il doit évidemment commencer par rechercher la loi nationale compétente ; mais il se heurtera parfois à des circonstances telles, qu'il ne pourra au premier abord en déduire la législation à laquelle ressortissent les époux.

Le ménage peut en effet avoir changé de nationalité ; devra-t-on prendre en considération la loi ancienne ou la loi actuelle ?

En second lieu, il peut y avoir un conflit positif de nationalités ; c'est ce qui arrive lorsque les époux appartiennent simultanément à deux pays différents ; ce sont alors des *polypatrides*.

Enfin, cas inverse : les époux ont bien perdu la nationalité qui était la leur précédemment, mais sans avoir acquis corrélativement une nouvelle nationalité ; c'est le cas des époux *apatrides*.

Telles sont les trois hypothèses sur lesquelles nous allons maintenant raisonner.

Section I.

Ménage à nationalités successives.

Le problème que nous allons examiner dans ce paragraphe se ramène, au fond, à un conflit de lois dans le temps. Un ménage préalablement Portugais devient Français ; le mari intente

devant un tribunal français une action en divorce contre sa femme (1). Le juge va-t-il faire application de la loi portugaise ou de la loi française ? La logique répond : la loi française, et c'est là l'opinion dominante. Cependant il existe un autre système, celui du statut matrimonial permanent, qui conclut à l'application de l'ancienne loi nationale pour tout ce qui concerne les rapports de famille. Analysons donc ces deux systèmes.

A. — *Système de la loi actuelle.*

La plupart des auteurs, avons-nous dit, préconisent l'application de la loi nationale actuelle, c'est-à-dire de celle qui régit les époux au jour de la demande. On fait valoir, en ce sens, un argument très simple, qui ne paraît pas devoir encourir la critique : du moment que les deux époux ont acquis une nationalité nouvelle, il est normal qu'ils soient soumis aux lois du pays dont ils sont les nouveaux ressortissants, et cela *a fortiori* si cet état de choses résulte non pas d'une annexion, mais d'un changement volontaire de nationalité. En outre, les auteurs à tendance nationaliste ne manquent pas d'invoquer le principe de la souveraineté et d'affirmer qu'un Etat ne peut tolérer l'application à ses nationaux, soit par ses tribunaux, soit par ceux d'un Etat tiers, d'une loi qui n'est pas la leur (2).

Sans insister davantage sur la justification théorique de ce système, signalons qu'il est adopté d'une façon générale tant en France qu'à l'étranger, en droit positif et en jurisprudence. Il n'y a pas de texte spécial en droit français, mais c'est là une solution qui découle implicitement de l'article 3, al. 3 et de son interprétation par les tribunaux. La jurisprudence française

(1) Nous supposons dans tout ce paragraphe qu'il s'agit d'un changement en tous points réguliers et non frauduleux de nationalité ; en ce qui concerne la fraude à la loi, v. *infra*, titre II, chap. III.

(2) V. pour la doctrine favorable à la compétence de la nouvelle loi nationale : Baudry-Lacantinerie, t. IV, n° 398. — Audinet, *Principes*, n° 614. — Surville et Arthuys, *Cours*, n° 301. — Weiss, t. III, p. 683. — Valéry, *Manuel*, n° 774. — Pillet, *Traité pratique*, n° 285, p. 603. — Despagnet, *Précis*, n° 258 *bis*, p. 765 et 268, p. 817. Pour la Belgique v. Piérard, t. I, p. 18.

la consacre notamment dans des hypothèses d'acquisition de la nationalité française par des époux qui étaient précédemment soumis à une législation n'admettant pas le divorce ; les tribunaux français ont, dans ce cas, admis la recevabilité d'une action en divorce ou en conversion de séparation de corps en divorce fondée sur la loi française (1).

A l'étranger, ce système est consacré parfois par des textes exprès, en particulier par l'article 17 de la loi d'Introduction au Code civil allemand qui précise dans son alinéa 1er que « le divorce est régi par les lois de l'Etat dont le mari est ressortissant au moment de l'introduction de la demande » (2).

Cependant la jurisprudence allemande a tempéré parfois cette disposition en reportant la détermination de la loi nationale au cours du procès, par exemple, au moment des débats oraux ; ainsi jugé dans des espèces dans lesquelles les parties en cause avaient obtenu la nationalité allemande au cours du procès (3).

Toutefois l'alinéa 2 du même article vient atténuer l'alinéa 1 en ne donnant effet à un fait générateur de divorce antérieur au changement de nationalité, que s'il constitue une cause de divorce non seulement d'après la loi nationale du mari au début

(1) Tunis, 21 mars 1892. *Cl.*, 1892, p. 993. — Paris, 12 mai 1894. D. 94.2.234. — Nice, 29 mars 1909, *Burdese-Ghigi*. *Cl.*, 1910, p. 191. — Pau, 28 juin 1909 (*Zabalza*). D. 1910.2.80 et *Cl.*, 1910, p. 193. — GAUDEMET, *Rev. trim. de dr. civil*, 1909, p. 677, 1910, p. 154. — Dans l'affaire *Burdese-Ghigi*, le problème se compliquait de ce fait que les époux, Italiens d'origine, avaient obtenu dans leur pays la séparation de corps par consentement mutuel. Pouvaient-ils trois ans après, étant devenus Français dans l'intervalle, faire convertir cette séparation en divorce, alors que la loi française n'admet pas le divorce par consentement mutuel ? Le tribunal décide que, la loi du 6 juin 1908 ayant rendu la conversion obligatoire pour le tribunal après le délai de trois ans, peu importe la cause pour laquelle la séparation de corps, d'ailleurs valablement acquise, a été prononcée entre époux ci-devant étrangers. — Comp. en ce sens GAUDEMET, *Rev. trimes. de dr. civil*, 1909, p. 677. — Mais on verra qu'une interprétation différente a été admise, dans l'affaire *Ferrari*, par la Chambre civile dans un arrêt du 6 juillet 1922. D. 1922.1.137, qui sera commenté plus loin.

(2) V. en jurisprudence ROSTOCK, 14 oct. 1921. — SEUFFERT, *Archiv.*, t. 67, p. 174. — *Répert.* v° *D. I. P. Allemagne.*, t. VIII, n° 178.

(3) Berlin, 4 juillet 1901. *Cl.*, 1904, p. 721. — R. G., 13 déc. 1900. *Cl.*, 1901, p. 158.

de l'instance, mais aussi d'après la loi nationale au moment où le fait s'est réalisé (1).

Plusieurs législations contiennent des dispositions analogues quant à la validité d'une cause de divorce antérieure au changement de nationalité (2).

Indiquons enfin que l'article 4 de la Convention de La Haye consacre également cette solution : le fait antérieur au changement de nationalité ne pourra devenir cause de divorce dans la législation nouvelle que s'il l'était déjà dans la législation ancienne. Cet article est ainsi conçu :

« La loi nationale indiquée par les articles précédents ne peut être invoquée pour donner à un fait qui s'est passé alors que les époux ou l'un d'eux étaient d'une autre nationalité, le caractère de cause de divorce ou de séparation de corps ».

Par application de ce texte, l'exequatur a été refusé en Italie à un jugement français de divorce qui se basait sur des faits commis avant que les époux eussent perdu la nationalité italienne et acquis la nationalité française (3).

Les dispositions de ce genre sont dictées par le souci de ne pas appliquer à un époux coupable une sanction qu'il ne pouvait prévoir. On peut faire valoir en sens contraire que, quelle que soit l'époque où ont eu lieu les faits, il n'en résulte pas moins une grave mésintelligence actuelle, et que le divorce a sa cause non pas tant dans le fait originaire que dans le trouble irrémédiable qui en est résulté dans la vie conjugale (4).

(1) Loi d'introduction au Code civil allemand. Trad. précitée, p. 77 et les notes.

(2) V. notamment Pologne, § 17, al. 2. V. *supra*, p. 52. — Suède, Loi, 8 juillet 1904, chapitre III, § 2, alinéa 2, v. *supra*, p. 53. — Code civil suisse, § 59, 7h. V. *supra*, p. 53. — V. aussi projet de Code civil tchécoslovaque. *Revue*, 1931 p. 187.

(3) Milan, 21 novembre 1906. *Cl.*, 1908, p. 1267.

(4) Droz, *De l'influence de la convention de La Haye*. Cl., 1907, p. 26-28. V. aussi en ce sens, les motifs de l'arrêt de la Cour de cass. du 14 mars 1928 rendu dans la célèbre affaire *Ferrari*. D. H. 1928.253 et S. 1929.1.92.

B. — *Système de la Permanence du Premier Statut matrimonial.*
(MM. Pierre Louis-Lucas et R. Laneyrie.)

Le système que nous venons d'exposer est admis d'une façon générale en doctrine, en droit positif et en jurisprudence. Mais certains auteurs ont été choqués par les inconvénients que présentent, en matière de rapports de famille les changements de nationalités soit du ménage, soit de l'un des époux ; aussi depuis quelques années une doctrine (1) s'est affirmée qui, isolant tout ce qui a trait à la famille, entent constituer pour elle un statut à part, distinct du s atut personnel de ses membres : c'est le statut familial qui, indépendant des variations de statut individuel des membres de la famille, sera régi par une loi appropriée, unique, aussi permanente que possible, par une loi qui demeurera la charte du ménage (2).

En ce qui concerne les époux qui, ayant eu une nationalité commune, acquièrent simultanément une nouvelle nationalité également commune, ces auteurs dénient toute compétence à la loi nationale nouvelle et considèrent que ces époux doivent rester, quel que soit le nombre de changements ultérieurs de nationalités, soumis à la loi du pays dont ils étaient tous deux ressortissants lors du mariage (3). On fait valoir en faveur de la compétence permanente du premier statut matrimonial deux sortes d'arguments :

Le premier est un argument d'analogie : « Il est constant, dit

(1) Cette opinion se trouve en germe dans Audinet, *Du conflit entre les lois personnelles des époux. Cl.*, 1930, p. 319. « Nous n'envisageons pas, dit cet auteur l'hypothèse où, après le mariage, les époux changeraient de nationalité. Nous persistons à croire que la loi applicable au moment du mariage ne devrait subir aucun changement ». — V. également Bartin, *Cours de Dr. civ.* d'Aubry et Rau, t. VIII, 5e édit., p. 412, n° 14. — Mais cette théorie n'a été précisée que récemment par M. Pierre Louis-Lucas, notamment dans la *Semaine Jurid.*, 1929, p. 1043 et les *Lois Nouvelles*, 1932, p. 382. Elle a été enfin développée par son élève M. R. Laneyrie dans une thèse de doctorat, Dijon, 1932, intitulée « *Le divorce entre époux de nationalités différentes* ».

(2) V. P. Louis-Lucas, *Semaine Juridique, loc. cit.*, p. 383.

(3) Laneyrie, *op. cit.*, p. 95.

M. Laneyrie, qu'un double changement de nationalité est sans conséquence sur le régime légal des biens des époux... » (1). S'il en est ainsi pour les conventions matrimoniales, *a fortiori* doit-il en être de même pour les rapports de famille. Or c'est le premier statut matrimonial qui fixe une fois pour toutes le régime légal ou conventionnel des époux ; pareillement ce sera à la première loi nationale commune aux deux conjoints qu'incombera le soin de les protéger et de sauvegarder les intérêts moraux de la famille qu'ils vont créer.

Cet argument ne nous paraît cependant pas convaincant, et cela pour deux raisons. D'abord, si le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales est admis en droit international privé par certains auteurs (2), d'autres, par contre, inclinent à penser que, si les époux changent tous deux de nationalité au cours du mariage, ce serait à la loi nationale nouvelle de décider s'ils peuvent modifier ou non leur contrat de mariage antérieur ou y substituer un nouveau contrat (3).

Supposons même que ce principe soit admis en droit international privé ; nous aurions une deuxième raison de repousser l'argument proposé, car l'immutabilité des conventions matrimoniales, qui est fondée assurément sur la stabilité des rapports pécuniaires entre époux, a surtout pour motif la nécessité peut-être encore plus impérieuse d'assurer la protection des tiers. Aussi sommes-nous amenés à penser qu'on ne peut présenter en faveur de la permanence du premier statut matrimonial commun l'argument d'ailleurs discuté de la permanence des régimes matrimoniaux en droit international privé.

L'autre argument est un argument d'ordre social : admettre la permanence de la première loi nationale commune, c'est assurer l'unité, la stabilité de la famille, c'est éviter sa désagrégation (4). Mais ne faut-il pas conclure de là que le statut familial pourra changer, si ce changement est favorable à la conservation du

(1) Laneyrie, *op. cit.*, p. 100.

(2) Bartin, *loc. cit.*, § 504 *ter*, note 4 *in fine*.

(3) Planiol, Ripert et Nast, *Traité pratique de Droit civil*, t. VIII, *Régimes matrimoniaux*, n° 107, p. 129, note 3.

(4) Laneyrie, *op. cit.*, p. 101.

foyer familial ? C'est ce qui paraît bien ressortir de cette déclaration de M. Laneyrie : « Quand donc, écrit-il, une famille aura-t-elle un intérêt matériel ou moral à passer de l'empire d'une législation sous celui d'une autre ? Certainement pas lorsque ce changement facilitera sa désagrégation. Sans dire encore que le statut familial ne peut jamais se transformer nous pouvons dire, dès à présent, qu'on ne peut pas le changer dans un sens défavorable à la famille ».

Et l'auteur en conclut que des Italiens, en devenant Français, devraient conserver leur statut familial italien ; car la faculté de divorcer que leur conférerait un statut familial français compromettrait l'unité de la famille et menacerait notamment l'avenir des enfants. Ajoutons qu'à l'inverse, logiquement, des Français devenant Italiens devraient désormais rejeter leur statut primitif, qui admet le divorce, pour être régis par les lois italiennes qui, prohibant cette institution, assureraient mieux la stabilité de la famille en empêchant sa désagrégation. M. Laneyrie paraît hésiter à pousser son principe jusqu'à cette ultime conséquence : « Il faudrait, écrit-il, prouver que toutes les institutions italiennes ayant une répercussion sur la famille sont supérieures pour le bien de cette dernière aux institutions françaises analogues » (1).

Ce système, bien qu'ingénieux, prête à la critique dans ses résultats. En effet, de deux choses l'une : ou bien on pose en principe que la loi compétente du premier statut matrimonial est permanente d'une façon absolue ; et l'on conservera à des Français devenus Italiens le statut français « plus désagrégatif », pouvons-nous dire, de la famille que les règles italiennes. Ou bien, autre solution, on admet le changement du statut familial dans la mesure où la nouvelle loi nationale des époux est favorable au bien de la famille ; et on introduit dans la théorie un élément d'indétermination incompatible avec une bonne application pratique, car on voit mal à qui confier le soin d'apprécier si les institutions de la loi nationale nouvelle sont ou non supé-

(1) Laneyrie, p. 102.

rieures à celles du premier statut matrimonial : ainsi, en admettant que la législation italienne soit meilleure en ce qu'elle prohibe le divorce, serait-ce là une raison suffisante pour soumettre les époux Français aux lois italiennes, alors que, par ailleurs, sur d'autres points, la législation française est peut-être de beaucoup supérieure à la législation italienne ?

En réalité, toute la thèse repose sur l'idée que le divorce est une mauvaise institution et qu'il faut, autant que possible, éviter qu'un changement de nationalité des époux puisse avoir pour effet de leur conférer le droit au divorce qu'ils n'avaient pas précédemment. La théorie de la permanence soit absolue, soit relative du statut familial ne permet pas d'atteindre sûrement ce but. Et à supposer qu'elle l'atteigne, encore faudrait-il se demander si une théorie fondée sur l'horreur du divorce devrait être admise en droit international privé, alors que les législations prohibant le divorce ne sont plus qu'une minorité (1).

Enfin, on ne voit pas comment légitimer l'empiètement législatif d'une souveraineté ancienne sur une souveraineté nouvelle : du jour où des conjoints italiens acquièrent ensemble la nationalité française, rien ne peut plus justifier, selon nous, l'application des lois italiennes à ce ménage. Seule, à notre avis, la loi française doit s'appliquer. Il n'en serait pas de même si un seul des époux change de nationalité ; et c'est dans cet ordre d'idées que

(1) Citons ici, pour sa largeur d'esprit, ce considérant d'un tribunal argentin, qui, rejetant l'exception tirée de l'indissolubilité du mariage d'après la *lex fori*, reconnaît la validité du divorce obtenu à l'étranger par des époux précédemment mariés dans la République argentine : « On pourrait, dit le tribunal, nous reprocher de prétendre posséder le monopole de la morale, qui, en réalité, est le patrimoine de la civilisation représentée avant nous par des peuples qui ont dans leur législation l'institution du divorce » (Trib. de Rosario, sans date. *Revue*, 1922-1923, p. 634.

Dans un esprit tout opposé, on peut signaler que, dans d'autres pays attachés au principe de l'indissolubilité du mariage, il a été jugé que les sujets catholiques ne pourront jamais divorcer, après changement de nationalité ni même après changement de religion, et que le divorce par eux obtenu à l'étranger doit être tenu pour non avenu. V. notamment cinq décisions rendues par la Cour Suprême d'Autriche les 30 nov. 1880 (*Cl.*, 1886, p. 472), 18 oct. 1884 (*eod. loc.*), 20 oct. 1896 (*Cl.*, 1898, p. 385), 8 nov. 1904 (*Cl.*, 1907, p. 453) et 11 janvier 1905 (*Cl.*, 1908, p. 1210). V. encore pour l'ancienne Espagne : Tribun. synodal de Barcelone, 24 janvier 1906. *Cl.*, 1907, p. 190.

nous aurons ultérieurement à reprendre la théorie du statut familial qui contient, croyons-nous, à cet égard, une part de vérité.

Section II.

Époux polypatrides.

La polypatridie soulève un conflit positif entre deux lois nationales ayant une efficacité contemporaine. Il n'y a donc plus conflit dans le temps comme dans l'hypothèse précédente ; il y a conflit actuel ; mais à la différence de l'apatridie, il y a conflit entre deux lois également efficaces, auxquelles le ménage ressortit de la même façon. Ces conflits naissent notamment de ce que certaines législations persistent à refuser la dénationalisation à des individus qui ont acquis par ailleurs une nouvelle nationalité : c'est ainsi que la loi allemande dite loi Delbrück conserve aux Allemands devenus étrangers la nationalité allemande (1).

Comment résoudre ce conflit ? S'il est soulevé dans un des pays dont le polypatride a la nationalité, la difficulté sera vite tranchée ou plutôt sera écartée aussitôt : les tribunaux de ce pays considèrent le polypatride comme leur national et lui appliqueront leurs lois propres.

Aussi, à vrai dire, le conflit ne peut-il donner lieu à un débat intéressant que si le polypatride s'adresse aux tribunaux d'un

(1) Loi du 22 juillet 1913, art. 25, al. 2 : « Ne perd pas sa nationalité l'Allemand qui, avant l'acquisition d'une nationalité étrangère, aura obtenu, sur sa demande, de l'autorité compétente de son Etat d'origine, l'autorisation écrite de conserver sa nationalité. Avant d'accorder cette autorisation, on devra consulter le Consul d'Allemagne ». La polypatridie peut provenir d'autres circonstances : nouvelle nationalité imposée à un individu sans son consentement (loi brésilienne en ce sens en 1889) ; conflit entre le *jus sanguinis* et le *jus soli* ; signalons à ce sujet que la loi française du 10 août 1927 a cherché dans l'art. 9-3° à mettre fin à un cas de polypatridie : l'individu né de parents français dans un pays qui le considère comme son national en vertu du *jus soli* pourra, s'il désire rester d'une façon définitive dans le pays de sa naissance, être libéré de ses liens d'allégeance envers la France. Il est vrai, par contre, que l'art. 8 de la même loi crée de son côté des cas de polypatridie : la femme mariée reste en principe française ; si la loi nationale du mari confère automatiquement à la femme la nationalité du mari, il y aura polypatridie.

pays tiers c'est-à-dire auquel il ne ressortit certainement pas. Il faudra bien déterminer son statut personnel ; il existe à cet égard plusieurs théories.

Dans un premier système, on fait remplir à la loi du domicile une fonction de renforcement (1) ; aussi quand un ménage a deux ou plusieurs nationalités, on fera prédominer celle des lois nationales qui est renforcée par la fixation du domicile matrimonial. Ce système assurément simple, n'est cependant pas entièrement satisfaisant. Il ne résoud pas la difficulté si les polypatrides ont un domicile dans un pays tiers. Un arrêt a tranché la question en écartant délibérément les lois nationales en présence et en soumettant les polypatrides à la loi de leur domicile (2).

Quid enfin si les intéressés sont sans domicile ? Comme on ne voit pas pour quel motif l'une des lois nationales l'emporterait sur l'autre, on applique alors tout simplement la loi du for.

La Convention de La Haye du 12 juin 1902 ne contenait aucune disposition sur les époux polypatrides ; la sixième Conférence tenue en 1928 a réparé cette lacune en rédigeant une proposition aux fins d'insertion, dans le texte de 1902, d'un article 3 *ter* conforme à ce premier système. Cet article est en effet ainsi conçu : « Si un des époux a plus d'une nationalité, sera considérée comme sa loi nationale au sens des dispositions de la présente convention celle de ses lois nationales qui est en même temps la loi de sa résidence habituelle, ou à défaut de résidence habituelle, de sa résidence. Toutefois chacun des Etats dont il a la nationalité peut le considérer comme soumis exclusivement à sa propre loi » (3).

(1) Crémieu, *Revue*, 1932, p. 347. — Villaret, *Notion de domicile en droit international privé*. Th. Aix, 1931, p. 109. — Pillet, *Principes*, n° 148, p. 314.

(2) Aix, 9 juillet 1903 (aff. *Marrasch*). *Cl.*, 1904, p. 150. D. 1905.2.73.

(3) *Actes de la 6e Conférence*, 1928, 3, p. 137. — *Revue*, 1928, p. 538. — La même solution est donnée par l'article 9-2° du C. civ. brésilien de 1916. V. Bevilaqua, *Le D. I. P. dans l'introduction au Code civil brésilien*. *Revue*, 1920, p. 332. — Signalons encore, dans le même ordre d'idées, le système adopté dans l'avant-projet du C. civ. roumain ; mais en dernier ressort la compétence reste à la loi nationale acquise par la filiation. Voici le texte : « La loi nationale de l'étranger qui possède plusieurs nationalités sera la loi de l'Etat dont il est le sujet et où il a son domicile ou sa résidence habituelle et en leur absence, la loi nationale acquise par la filiation ». V. *Rev.*, 1933, p. 171.

Ce système qui s'appuie sur l'élément domicile ne nous paraît pas satisfaisant ; car la détermination de la loi nationale compétente dépend, dans ce système d'un fait souvent purement accidentel, la fixation du domicile ; au cas de domicile dans un pays tiers ou d'absence de domicile, on aboutit à résoudre le conflit par l'élimination des lois nationales.

Ne vaudrait-il pas mieux en venir là seulement après avoir essayé de trancher au préalable le conflit des nationalités en s'inspirant des principes de la loi du for ?

C'est là un deuxième système préconisé par certains auteurs (1). S'agit-il d'individus rattachés à un pays par le « *jus soli* » et à un autre par le « *jus sanguinis* » ? Les tribunaux français feront prévaloir la loi à laquelle l'individu est soumis par le lien du sang, car le système français de droit international privé attache au *jus sanguinis* une valeur plus grande qu'au *jus soli* (2). De même en application des conceptions françaises sur la fraude, ils considèrent comme demeurés allemands des Allemands ayant acquis une ou plusieurs nationalités étrangères (3).

Quels que puissent être les mérites de ce système, on peut lui reprocher cependant de faire dépendre du tribunal saisi la compétence législative : la loi applicable changera avec le tribunal qui aura à connaître du litige.

Aussi, M. Bartin, raisonnant sur l'hypothèse d'un individu à deux nationalités, propose une troisième méthode : « rechercher *en fait* quelle est celle de ces deux nationalités, à laquelle l'individu entend se rattacher pour la protection de sa personne et de ses intérêts de famille » (4). Si l'individu a changé volontairement de nationalité, on pourra présumer avec quelque vraisemblance que c'est à la loi de la dernière nationalité qu'il a remis le soin de sauvegarder ses intérêts. Mais si l'analyse réussit dans cette hypothèse, elle sera inopérante dans le cas où le

(1) Niboyet, *Manuel*, nos 65 et 591. — Fiore, *op. cit.*, t. I, p. 389. — Weiss, *Traité*, t. I, p. 324.

(2) Paris, 28 février 1918. *Rev.*, 1918, p. 435. — Paris, 10 nov. 1920. *Cl.*, 1921, p. 217.

(3) Req., 28 juin 1922. *Cl.*, 1923, p. 1019.

(4) Bartin, *Principes*, t. II, p. 25.

polypatride a acquis une nouvelle nationalité sans qu'il y ait eu de sa part manifestation de volonté : le juge va dès lors être mis dans l'obligation de scruter les intentions du justiciable et c'est là une opération très délicate. En outre, il ne paraît pas possible de permettre à un individu de se présenter tantôt comme ressortissant d'un pays, tantôt comme ressortissant d'un autre, suivant que telle loi mieux que telle autre sera plus protectrice de ses intérêts. Enfin il est évident que cette méthode est tout à fait inefficace, si le polypatride a acquis ses diverses nationalités dès sa naissance.

Sans prétendre proposer un système qui soit à l'abri de toute critique, nous nous demandons, étant donnés les inconvénients théoriques et pratiques des systèmes que nous venons d'étudier, s'il ne vaudrait pas mieux résoudre ce conflit entre lois nationales en donnant la compétence législative à la loi la plus restrictive. Assurément les juges auraient là encore à faire une analyse délicate, mais qui porterait sur des textes écrits et non plus sur les mobiles pour lesquels un individu entend se rattacher à une nationalité. Mais l'application de la loi la plus restrictive aurait surtout le grand mérite d'éviter que la décision rendue dans des pays tiers soit méconnue dans un des pays intéressés. C'est ainsi qu'une séparation de corps prononcée en France entre époux qui ressortissent à la fois à la nationalité italienne et à la nationalité suisse aurait efficacité et en Suisse et en Italie. Reconnaissons toutefois que ce but n'est pas atteint dans un cas, il est vrai exceptionnel, celui où les époux ont simultanément la nationalité d'un pays qui n'admet que la séparation de corps (Italie) et celle d'un pays qui n'admet que le divorce (Roumanie) ; il est évident que la séparation de corps sera méconnue dans le pays qui n'admet que le divorce, et que le divorce n'aura pas d'effet dans le pays qui n'admet que la séparation de corps. Mais c'est là un ensemble de circonstances rarement réunies dans la pratique. Aussi sommes-nous portés à croire que notre solution serait normalement beaucoup plus satisfaisante et surtout beaucoup plus internationale que celles dont nous avons fait et l'examen et la critique.

Section III.

Époux Apatrides.

L'apatridie, tout comme la polypatridie, est un desaspects par lesquels se manifeste l'imperfection des législations en matière de nationalité (1). Cette imperfection n'est d'ailleurs bien souvent elle-même que la conséquence d'une exagération du principe de la souveraineté. C'est ainsi qu'un Etat se croit autorisé, parce que c'est son bon plaisir, à dénationaliser un de ses nationaux, sans se préoccuper de savoir s'il acquiert corrélativement une nouvelle nationalité. La loi française de 1927, loin de chercher un remède à l'apatridie, a, dans son article 9, non seulement conservé les dispositions éliminatrices de l'ancien article 17 du Code civil, mais encore, pour des raisons de pure politique, qui comme telles, sont dénuées de toute valeur juridique, élargi le délit de manquement au devoir de loyalisme, qui s'impose aux étrangers naturalisés et aux Français réintégrés. C'est là le fait du prince ; en tout cas, ce n'est plus du droit, ce n'est surtout plus du droit international. Et l'on comprend pourquoi M. Bartin rejette la nationalité du domaine international privé pour en faire matière de droit public (2).

La dénationalisation, infligée à titre de peine, est à l'origine d'un nombre important de cas d'apatridie ; cependant ce n'en est pas la seule cause. Il peut en effet arriver qu'un individu naisse apatride ; c'est ainsi que le fils de Brésiliens né en Autriche ne sera ni Brésilien, car le Brésil ignore le *jus sanguinis* et ne confère la nationalité brésilienne qu'en vertu du *jus soli*, ni Autrichien, car le système autrichien d'acquisition de la nationalité ignore le « *jus soli* » (3).

Quoi qu'il en soit et quelque regrettable que puisse être la

(1) V. Noël Vindry, *L'apatridie.* Thèse Aix, 1925.

(2) Bartin, *Principes*, t. I, p. 117.

(3) Villaret, Th., p. 106. Sur les causes d'apatridie en général, consulter *Répert.*, t. VIII v° *Heimatlose-heimatlosat*, n°s 17 à 54.

carence des législations en pareille matière (1), le cas n'est pas rare du ménage apatride ; il en est ainsi notamment du ménage russe qui a été dénationalisé par la Révolution soviétique sans avoir acquis une autre nationalité (2). Or ces époux ont besoin d'un statut, d'une loi qui régisse leurs rapports de famille ; ce sera même parfois une nécessité impérieuse. Supposons en effet que, dans un tel ménage, le mari intente une action en divorce contre sa femme : les juges saisis devront apprécier la recevabilité de la demande et seront ainsi mis dans l'obligation de déterminer auparavant la loi applicable aux époux. Si ceux-ci sont tous les deux apatrides, la solution ne paraît pas douteuse. Elle prête au contraire à discussion, si un seul des deux époux est apatride. Telles sont les deux hypothèses que nous nous proposons d'examiner successivement.

A. — *Les deux époux sont apatrides.*

L'opinion qui est admise d'une façon générale en doctrine et en jurisprudence est celle qui, dans ce cas, attribue à la loi du domicile des époux compétence législative pour régir leur statut personnel. Cependant certains auteurs ne partagent pas cette manière de voir ; et il convient, avant d'examiner la théorie courante, d'indiquer à quelle loi vont leurs préférences. Pour les uns, notamment pour Pillet, l'individu qui a abdiqué sa nationalité sans en acquérir une autre, continue d'avoir pour statut personnel sa loi nationale d'origine. C'est seulement s'il est apatride de naissance qu'on recourera à la loi de son domicile ; cette dernière n'a ainsi qu'un rôle de second plan (3). M. Vin-

(1) Signalons cependant la Convention franco-belge du 12 sept. 1928, autorisée par la loi du 27 juillet 1930, qui a mis fin à certains cas de cumul de nationalités et d'apatridie. Conf. Robert Dreyfus, *La Convention relative à la nationalité de la femme mariée, conclue entre la France et la Belgique.* Cl., 1930, p. 911. Pour le texte de la Convention v. *Cl.*, 1930, p. 1193.

(2) Champcommunal, *La condition des Russes à l'étranger, spécialement en France. Revue*, 1923-1924, p. 321. — Trachtenberg, *Nationalité et statut personnel des Russes résidant en France. Rev.*, 1928, p. 167.

(3) Pillet, *Principes*, n° 147, p. 313.

dry, dans sa thèse sur l'apatridie, propose même, dans le but d'assurer la stabilité de leur statut personnel, de le déterminer alors par la loi du pays de leur naissance (1).

En législation, cette solution n'a guère été adoptée que par l'Allemagne dans l'article 29 de la Loi d'Introduction du Code civil allemand ; la loi personnelle de l'individu sans nationalité sera la loi de l'Etat dont il était le ressortissant en dernier lieu et, s'il n'a jamais eu de nationalité, la loi de son domicile, et à défaut, celle de sa résidence (2).

Plusieurs critiques ont été faites, à juste titre, à ce système. On ne voit pas, tout d'abord, comment justifier en droit la survivance du lien de sujétion d'un individu à un Etat, surtout s'il a abandonné sa nationalité intentionnellement (3) ; encore pourrait-on l'admettre s'il l'a perdue par négligence (4).

En outre, c'est soumettre deux époux à des lois différentes, s'ils ont eu auparavant chacun une nationalité distincte et c'est rompre, sans nécessité, l'unité juridique du ménage.

Enfin, autre conséquence, c'est imposer, sous réserve de l'ordre public, à des réfugiés russes l'application des lois soviétiques auxquelles ils ont voulu échapper (5).

Aussi, d'une façon générale, est-ce à la loi du domicile que l'on reconnaît compétence pour régir le statut personnel de l'apatride et par là même du ménage apatride.

C'est l'opinion que partagent presque à l'unanimité les auteurs français et étrangers (6). C'est également le système qui a été

(1) Vindry, Th., p. 76.

(2) V. en jurisprudence, R. G., 19 oct. 1907. *Cl.*, 1908, p. 1187.

(3) Zitelmann, *Internationales Privatrecht*, t. I, p. 176.

(4) Frankenstein, *Internationales Privatrecht*, t. I, p. 100.

(5) J. Rabinowitsch, *Das Sovietrecht und die Staatlasen Russen Juristische wochenschrift*, 1925, p. 1235. — E. de Falkowsky, *Welches Recht ist für die russischen Emigranten in Deutschland als Personal Statut anzuwenden. Ibid.*, 1925, p. 1236.

(6) Arminjon, *Précis*, t. II, n° 16. — Audinet, *Les Heimatloses et leur condition juridique. Cl.*, 1925, p. 894. — Crémieu, *Rev.*, 1932, p. 346. — Champcommunal, *Rev.*, 1924, p. 346. — Despagnet, 5e édition, n° 110, p. 370. — Lémonon, *Condit. Jurid. des heimatlosen ou sans patrie en France. Cl.*, 1910, p. 405. — Lerebours-Pigeonnière, *Précis*, n° 258. — Niboyet, n° 590, p. 706. — Weiss, t. III, p. 177. — Levasseur, *La détermination du domicile en D. I. P.*, p. 329.

adopté tant en droit positif (1), que dans les décisions de la Conférence de La Haye de 1928, qui a proposé de compléter la convention du 12 juin 1902 sur le divorce par l'adjonction d'un article 3 *bis*, spécifiant qu'il faudrait appliquer aux apatrides comme loi de statut personnel la loi de leur résidence habituelle ou, à défaut de résidence habituelle, la loi de leur résidence (2). L'arrangement relatif au statut juridique des réfugiés russes et arméniens signé à Genève le 30 juin 1928 se range aussi à cette solution (3). Enfin des projets de réforme récents s'y conforment également (4).

La jurisprudence française paraît, de son côté, être définitivement établie en ce sens ; en matière de divorce et de séparation de corps d'époux tous les deux apatrides, dès avant la guerre, les tribunaux français saisis appréciaient la recevabilité de la demande d'après la loi du domicile des conjoints, donc en fait, la plupart du temps, d'après la loi française (5).

L'émigration des Russes en France a donné un renouveau à la question, qui a été résolue comme précédemment (6).

B. — *Un seul des deux époux est apatride.*

Le problème est tout différent, si l'un des époux a une nationalité et si l'autre est sans patrie (7). On peut en effet se demander

(1) V. notamment : Brésil, C. civ. de 1916, art. 9, 10. — Chine, Loi, 5 août 1918, art. 2, al. 2. — Congo : Décret du 20 nov. 1891, art. 8. — Hongrie : Loi sur le mariage de 1894, art. 119. — Italie : Loi du 13 juin 1912, art. 14. — Japon : Loi du 15 juin 1898, art. 27, al. 2. — Liechtenstein, C. civ., 1926, art. 31. — Maroc : Dahir, 12 août 1913, art. 5 (zone française) et dahir 1920, art. 4 (zone espagnole). — Pologne : Loi 2 août 1926, art. 1. — Suisse : Loi 25 juin 1891, art. 7 *a*.

(2) *Actes de la Conférence de La Haye*, 1928, III, p. 137 ; *Rev.*, 1928, p. 538.

(3) Cet arrangement qui a été signé par les délégués de 12 Etats dont la France a été mis en vigueur en France par décret du 11 janvier 1930 (*J. O.*, 17 janv., 1930). V. à ce sujet, *Rev.*, 1928, p. 695 et 1930, p. 61 (note Trachtenberg).

(4) Projet de C. civ. tchécoslovaque, art. 34. *Rev.*, p. 187.

(5) Marseille, 15 février 1873 et Aix, 3 juillet 1873 (*Bensanon*). D. 1875.2.238. — Dijon, 7 avril 1887. *Le Droit* du 9 juin 1887.

(6) Seine (3e Ch.), 8 juillet 1926 (époux *M.*). *Cl.*, 1927, p. 394. — Seine, 21 avril 1928. *Cl.*, 1929, p. 372 et *Rev.*, 1929, p. 680. — Comp. pour la Suisse Tribunal fédér., 15 juin 1928 (aff. *Tcherniak*). *Cl.*, 1929, p. 208.

(7) L'hypothèse se réalise notamment quand une législation prévoit expres-

si la loi nationale certaine d'un époux ne pourrait pas régir le statut du ménage. La question se résout nécessairement par l'affirmative dans le cas où l'époux apatride est domicilié dans la patrie de son conjoint. Dans cette hypothèse, la loi du domicile de l'apatride se confond avec la loi nationale du conjoint. Il en est ainsi dans bon nombre d'espèces jurisprudentielles. Notamment un jugement du Tribunal civil de Nantes du 28 novembre 1901 prononce le divorce entre un apatride ci-devant autrichien et sa femme, Française d'origine, conformément aux causes du droit français, les époux étant tous deux domiciliés en France (1). Pareillement une demande en divorce formée par une femme restée française contre son mari juif tunisien est appréciée d'après la seule loi française, car l'un et l'autre sont domiciliés en Algérie (2).

La question ne présente donc de l'intérêt et ne peut prêter à discussion que si les deux époux sont domiciliés dans un pays autre que celui auquel l'un d'eux est ressortissant.

Deux lois sont alors en présence : la loi nationale du conjoint non apatride et la loi du domicile du conjoint apatride. Laquelle des deux doit l'emporter ?

Les auteurs sont partagés ; il en est même qui ne donnent *a priori* compétence ni à l'une ni à l'autre, mais qui prétendent rechercher, d'après les circonstances, lorsque les deux lois sont en contradiction, à laquelle des deux les conjoints ont eu l'intention de se soumettre au moment de leur mariage (3). Nous avons déjà été amenés, notamment à propos de la polypatridie, à faire le procès de cette méthode, qui consiste à rechercher les intentions des individus ; ici encore elle nous paraît critiquable.

D'autres, pour assurer la fixité du statut des époux, entendent le soustraire aux variations inhérentes aux changements de

sément que la femme conserve sa nationalité, si elle épouse un apatride. V. à ce sujet, en jurisprudence, Seine, 31 mai 1897, *Cl.*, 1898, p. 135.

(1) Nantes, 28 nov. 1901 (*Fryseck*). *Cl.*, 1902, p. 590.

(2) Alger, 7 juin 1906 (*Tibika*). *Cl.*, 1907, p. 409 et *Rev.*, 1908, p. 785. — V. dans le même sens : Paris, 1er déc. 1912 (*Mangouby*). *Cl.*, 1912, p. 857. — Paris, 25 nov. 1913 (*Gillardi*). *Rev.*, 1914, p. 130.

(3) Vindry, *op. cit.*, p. 85 et s.

domicile et donnent compétence à la loi nationale de l'époux non apatride (1). Ils ont été suivis dans cette manière de voir par certaines décisions de jurisprudence. Le Tribunal de la Seine a conclu à l'irrecevabilité d'une demande en séparation de corps formée par un apatride, ancien Mexicain domicilié en France, contre sa femme demeurée Allemande, pour ce motif que la loi allemande ignore la séparation de corps ; dans cette espèce, le tribunal a donc fait prévaloir la loi nationale de la femme sur la loi du domicile du mari apatride (2). Par application des mêmes idées, une décision italienne, rendue par le Tribunal de Milan, refuse tout effet en Italie à un jugement étranger ayant prononcé le divorce conformément à la loi du domicile du mari apatride, entre ce dernier et sa femme demeurée Italienne ; les tribunaux italiens ont estimé que les juges étrangers auraient dû se référer à la loi nationale de la femme (3). Enfin, autre espèce, le Tribunal luxembourgeois de Diekirch a refusé de prononcer le divorce par consentement mutuel entre un apatride et une Française, la loi nationale de la femme ne prévoyant pas ce mode de dissolution du mariage, admis au contraire par la loi du Luxembourg où l'apatride était domicilié (4). Ce système a été vivement critiqué. « Il est anormal, écrit M. Audinet, que la nationalité de la femme influe sur la loi applicable au mari ; et d'ailleurs nous ne croyons pas exact de dire que l'heimatlose n'a pas de statut personnel connu. Pour lui comme pour tout autre ce statut existe, mais il est déterminé par le domicile au lieu de l'être par la nationalité » (5). Et cet auteur conclut en donnant la préférence à la loi du domicile du conjoint apatride.

Cette solution a, elle aussi, été consacrée par certaines déci-

(1) V. notamment Champcommunal, *Le ménage à nationalités différentes. Rev.*, 1929, p. 9 et s.

(2) Seine, 21 mai 1897 (*Gandara*). *Cl.*, 1898, p. 135.

(3) Milan, 3 mars 1921 (*Pajola*). *Cl.*, 1922, p. 194.

(4) Diekirch, 22 février 1929 (*Kühlmann*). *Cl.*, 1930, p. 817.

(5) Audinet, *Les Heimatloses et leur condition juridique. Cl.*, 1925, p. 895. — *Adde*, dans le même sens : Laneyrie, *op. cit.*, p. 151 à défaut de tout satut commun antérieur.

sions. Ainsi jugé que l'épouse apatride d'un Américain peut demander le divorce contre son mari, conformément à la loi française, loi de son domicile (1). De même le Tribunal de la Seine a admis la demande en divorce formée par une apatride domiciliée en France contre son mari espagnol (2). Le Tribunal civil de Bruxelles s'est également référé au Code civil belge, pour prononcer le divorce entre un Polonais et sa femme apatride domicilliée en Belgique (3).

Nous croyons cependant préférable, d'appliquer la loi nationale certaine de l'un des époux plutôt que la loi du domicile de l'époux apatride, loi qui n'a qu'une valeur supplétive.

Nous nous plaçons à un point de vue que les auteurs paraissent avoir négligé, celui de la reconnaissance internationale des jugements. Il est bien évident, en effet, que la décision de divorce rendue par un tribunal conformément à la loi du domicile et en opposition à la loi nationale de l'un des époux sera sans valeur dans le pays d'origine de ce dernier.

Au contraire, le divorce prononcé par ce tribunal conformément à la loi nationale de ce conjoint, sous réserve d'application de l'ordre public territorial, aura une portée internationale qui lui conférera une valeur indiscutable.

Telle est la raison décisive pour laquelle nous estimons devoir rejeter, dans cette hypothèse, le système de la compétence législative de la loi du domicile.

(1) Seine, 31 mars 1928 (*Gardiner*). *Rev.*, 1930, p. 450.
(2) Seine, 29 mars 1928 (*Alandy*). *Cl.*, 1929, p. 402 et *Rev.*, 1928, p. 644.
(3) Bruxelles, 31 janvier 1925 (*Epstein*). *Cl.*, 1926, p. 500.

TITRE II

Des causes de dérogation à la loi nationale des conjoints.

Le système de la loi nationale n'existe nulle part à l'état absolu ; il comporte toujours certaines dérogations. Tout d'abord, il n'est pas rare que la loi du statut personnel renvoie soit à la loi du for, soit à la loi du domicile. Par ailleurs, il peut être dérogé à la loi nationale, soit en raison de la non-conformité des dispositions invoquées à l'ordre public territorial, soit parce que les époux se sont placés frauduleusement sous l'empire de dispositions nouvelles pour se soustraire à une loi nationale précédente trop restrictive.

Nous analyserons en trois chapitres ces trois causes de dérogation : renvoi, ordre public, fraude à la loi.

CHAPITRE I

LE RENVOI COMME CAUSE DE DÉROGATION A LA LOI NATIONALE DES CONJOINTS

En France, comme dans les pays du groupe auquel elle appartient, la loi nationale des conjoints est en principe compétente pour régir les conditions de fond de leur divorce ou de leur séparation de corps. Mais la question peut se poser de savoir, lorsqu'on doit tenir compte d'une loi étrangère, si ce sont les règles de droit civil interne de cette loi qui sont applicables ou celles d'un autre pays, auxquelles il est possible qu'elle renvoie ; d'où le nom de théorie du renvoi, sous lequel cette difficulté est bien connue des internationalistes. Quelques exemples nous permettront de préciser l'aspect particulier avec lequel elle se présente en notre matière.

Deux époux Anglais sont domiciliés en France ; la femme intente devant un tribunal français une action en divorce contre son mari ; la doctrine et la pratique françaises prescrivent l'observation de la loi nationale ; de son côté, le droit anglais soumet l'état et la capacité des sujets anglais domiciliés hors la Grande-Bretagne à la loi de leur domicile. Il se produit donc un conflit négatif, — c'est le seul qui paraisse se réaliser en matière de divorce — entre la loi française et la loi anglaise, puisque l'une et l'autre se déclarent incompétentes pour régir un même rapport juridique. Le divorce devra-t-il, dès lors, être prononcé en France suivant les règles qui seraient suivies si l'action était portée devant un tribunal anglais ? Ou au contraire, la loi internationale anglaise étant celle du domicile, la juridiction fran-

çaise devra-t-elle apprécier la recevabilité de la demande en divorce eu égard à la loi française, dont la compétence serait fondée sur la domiciliation des parties en France ? Le problème n'est pas sans intérêt pratique ; en effet, si la loi interne anglaise est seule prise en considération par le tribunal saisi, il ne sera fait droit à la demande que si elle est fondée sur l'adultère du mari. Le renvoi est-il accepté ? il suffira à la femme de justifier des injures graves dont son mari se serait rendu coupable envers elle (1).

On sait la bizarrerie du Code civil argentin, qui, tout en prohibant par une règle de droit interne le divorce, soumet par ailleurs l'état et la capacité des Argentins expatriés à la loi de leur domicile. Il suffit donc, en bonne théorie, à des époux Argentins désireux de mettre fin à la vie conjugale d'acquérir un domicile réel dans un pays qui admet le divorce, par exemple en France, et d'y revendiquer conformément au système argentin de droit international privé l'application de la loi française. Mais le juge français va-t-il accepter ce renvoi de la loi argentine à la loi du domicile et, en l'espèce, à la loi française ? En raison de la prohibition qu'édictent les lois de la République argentine, le sort de l'action apparaît comme lié d'une façon peut-être encore plus intime que dans le cas précédent à la conception que le tribunal croira devoir adopter en ce qui concerne la théorie du renvoi. Si le tribunal se réfère à la loi argentine, en tant qu'elle renvoie, pour l'état et la capacité des sujets Argentins, à la loi de leur domicile, en l'espèce à la loi française, ils reconnaîtront aux parties le droit au divorce et examineront alors s'il existe bien une cause de divorce aux termes de la loi française. S'il refuse, au contraire, de tenir compte du renvoi et observe la règle du droit interne argentin, qui prohibe le divorce sur son territoire, il se bornera, sans entrer plus longuement dans l'examen du fond, à déclarer l'ac-

(1) Cet exemple s'est présenté plusieurs fois dans la pratique judiciaire ; il est bien dégagé dans l'affaire *O. c. O.* qui a fait l'objet d'un jugement du Tribunal de la Seine du 11 février 1913, *Revue*, 1914, p. 547.

tion irrecevable comme contraire au statut personnel des parties (1).

Il ne s'agit donc plus ici du conflit qui peut s'élever entre deux législations internes dont les conceptions, touchant une institution déterminée, par exemple le divorce, s'opposent à un degré plus ou moins grand. Les difficultés que nous nous proposons d'examiner dans ce chapitre sont infiniment plus graves, en ce sens qu'elles concernent la base même du droit international privé, puisque le conflit se produit entre des règles qui ont précisément pour objet de trancher les conflits entre les lois internes.

Dans le domaine du statut personnel, le seul dont nous ayons à nous préoccuper dans cet ouvrage, le problème résulte essentiellement de ce que, si certains pays soumettent le statut des personnes à la loi nationale, d'autres s'en rapportent à la loi du domicile. Que l'un de ces deux systèmes soit adopté d'une façon universelle, et la difficulté disparaîtra aussitôt ; à supposer que le principe du domicile régisse en France l'état et la capacité, le ménage anglais et le ménage argentin pourraient revendiquer la compétence de la loi française, sans qu'il y ait lieu de prendre en considération ni la règle de droit interne, ni le système de droit international privé admis dans leurs pays respectifs. Mais, en l'état actuel des choses, la dualité persiste entre loi nationale et loi du domicile ; ainsi que nous le constaterons par la suite, la thèse de l'acceptation du renvoi apparaît, en notre matière, comme une concession faite par les pays du premier groupe aux pays du second groupe pour faciliter la reconnaissance de leurs décisions dans le pays d'origine des parties. Ajoutons d'ailleurs que, à la conférence de La Haye, la théorie du renvoi ne fut acceptée qu'à titre de transaction entre les partisans de la loi nationale et ceux de la loi du domicile.

Nous plaçant plus particulièrement au point de vue du divorce, nous chercherons, en France et à l'étranger, comment ce problème a été résolu, tant en droit positif qu'en jurisprudence ; puis, dans une deuxième section, pour nous permettre de con-

(1) V. à ce sujet l'affaire *Rocholl*, sur laquelle les juges du tribunal de la Seine ont statué par un jugement du 8 décembre 1915, *Cl.*, 1917, p. 1020.

clure, nous examinerons les arguments qui ont été présentés, soit en faveur de l'acceptation du renvoi, soit dans le sens de l'opinion contraire.

Section I.

Jurisprudence et Droit positif.

En France, la théorie du renvoi est essentiellement d'origine jurisprudentielle ; il n'existe en effet aucun texte français prescrivant soit d'accepter le renvoi, comme l'article 27 de la loi d'Introduction au Code civil allemand, soit de la rejeter comme l'article 65 de l'avant-projet du Code civil roumain. Rien dans la législation française n'indique que l'on ait pris parti sur ce problème.

En jurisprudence, c'est en matière de succession, avec l'affaire *Forgo*, que nos tribunaux ont soupçonné qu'abstraction faite des conflits de lois internes, il pouvait s'élever un conflit entre les règles suivies dans chaque pays pour les résoudre. Nous n'avons pas l'intention d'analyser ici en détail les décisions bien connues par lesquelles nos tribunaux ont admis, d'une façon d'ailleurs assez inconsciente, le renvoi d'une loi normalement compétente à une autre loi, en l'espèce à la *lex fori*. Qu'il nous soit permis toutefois de rappeler succinctement la genèse de cette affaire célèbre. Un étranger, enfant naturel Bavarois, était mort en France, après y avoir habité depuis l'âge de cinq ans, mais sans avoir jamais été admis à domicile ; comme il laissait une importante succession mobilière en déshérence d'après la loi française, l'Administration des Domaines fut envoyée en possession de l'actif mobilier sis en France. Mais des parents collatéraux de la mère naturelle du défunt revendiquèrent la qualité de successibles d'après la loi bavaroise, loi nationale de Forgo. Dans la première phase de cette affaire, les juridictions saisies ne virent dans l'espèce qu'un conflit entre deux lois internes et se prononcèrent en définitive pour l'application de la loi bavaroise interne ; la succession devait donc échoir aux demandeurs. Mais l'Administration précitée constata après que le

droit bavarois contenait deux règles, l'une de droit interne réglementant la dévolution de la succession des enfants naturels, l'autre de droit international privé, portant que ladite dévolution est régie par la loi du pays dans lequel le défunt avait à la fois sa résidence et ses biens. La Cour de cassation, saisie d'un pourvoi, eut à trancher la question de savoir s'il fallait appliquer la loi bavaroise ou s'il y avait lieu, contrairement à la jurisprudence antérieure, de faire prévaloir la règle de conflit bavaroise. C'est à cette dernière solution que se rangèrent la Cour suprême et la Cour de Toulouse, qui eut à connaître du litige après cassation ; la théorie du renvoi fut consacrée en termes tout à fait explicites. Les héritiers formèrent encore un pourvoi, mais la Cour de cassation maintint sa décision précédente en décidant... « que la succession de Forgo doit être réglée par la loi bavaroise » ; mais que « suivant la loi bavaroise on doit appliquer en matière de statut personnel la loi du domicile ou de la résidence habituelle et en matière de statut réel la loi de la situation » ; qu'ainsi « la loi française était seule applicable (1) ».

Nos tribunaux ont, par la suite, consacré d'une façon, semble-t-il, définitive, la thèse de l'acceptation du renvoi en matière de succession ; la jurisprudence est à cet égard particulièrement abondante et ne comporte que de très rares décisions contraires au renvoi. L'arrêt rendu par la Chambre des Requêtes le 1er mars 1910, dans l'affaire *Soulié*, ne fait que confirmer la solution adoptée par la Chambre civile en 1882, en disant que le juge français est tenu d'appliquer la loi étrangère de droit international privé, quand elle renvoie à la loi interne française ; la décision réfute l'objection suivant laquelle l'acceptation du renvoi serait contraire à la règle de droit international privé française et insiste, par contre, sur l'avantage que cela présente,

(1) L'affaire *Forgo* a été analysée d'une façon détaillée par Lainé, *La théorie du renvoi en droit international privé. Revue*, 1906, p. 615-628. — Voir également Potu, *La question du renvoi*, p. 20 à 22. Les décisions rendues dans cette espèce sont les suivantes : Pau, 14 mars 1874. D. 1875.1.343. — Cass., 5 mai 1875. D. 1878.1.343. — Bordeaux, 24 juin 1876. D. 1878.2.79. — Cass., 24 juin 1878. D. 1879.1.56. — Toulouse, 22 mai 1880. D. 1881.2.95. — Cass., 22 février 1882. D. 1882.1.393.

puisque c'est supprimer le conflit et assurer l'application de la loi française (1).

De l'examen de la jurisprudence, il résulte que la question du renvoi se pose dans la pratique, non seulement dans le domaine du statut réel, mais également dans celui de l'autonomie de la volonté (2) et surtout dans celui du statut personnel ; il en est ainsi notamment en matière de capacité (3), d'interdiction judiciaire (4) et de filiation (5).

En matière de divorce, c'est en 1896 seulement, à propos de l'affaire *Eastabrook*, que les tribunaux français ont été appelés à se prononcer sur la théorie du renvoi ; mais ce fut pour marquer en termes nets et catégoriques le dissentiment de certains magistrats avec la jurisprudence de l'arrêt Forgo. Le problème se présenta à cette date devant les juges du Tribunal de Dieppe dans les conditions suivantes : une Française devenue anglaise par son mariage, avait formé contre son mari une demande en divorce pour injure grave, cause inconnue de la loi anglaise, mais admise par la loi française. Les deux époux étant domiciliés dans le ressort du tribunal saisi, la demanderesse fondait son action sur ce fait que la jurisprudence anglaise donne compétence, quant aux causes de divorce, à la loi du domicile, donc en l'espèce à la loi française ; il lui suffisait donc, pour obtenir le divorce, d'alléguer les injures graves dont son mari s'était rendu coupable envers elle, alors que le *Matrimonial Act* de 1857, qui est resté en vigueur jusqu'en 1923, n'autorisait la femme à demander le divorce que si son époux avait commis un adultère accompagné de violences. Fallait-il appliquer à ces époux leur loi nationale ou, au contraire, la loi de leur domicile en vertu de la théorie du renvoi, la loi anglaise soumettant ses nationaux domiciliés à l'étranger à la loi de leur domicile ? Le tribunal de Dieppe repoussa, nonobstant l'argumentation de la demande-

(1) Req., 1er mars 1910. D. 1912.1.262. S. 1913.1.105 (note Audinet).

(2) V. à ce sujet Audinet, *Observations sur les effets extra-territoriaux des régimes matrimoniaux. Rev.*, 1906, p. 104-110.

(3) Pontoise, 11 juillet 1894 (aff. *Abdy*). *Cl.*, 1898, p. 105.

(4) Seine, 19 mai 1888 (aff. *X...*). *Cl.*, 1888, p. 814.

(5) Seine, 26 juillet 1894, *Cl.*, 1894, p. 1007.

resse, la thèse de l'acceptation du renvoi et déclara, après avoir donné compétence exclusive à la loi nationale, que le « Code civil fait implicitement dépendre de leur loi nationale l'état et la capacité des étrangers ; que les tribunaux français, saisis d'une instance en divorce introduite par des époux Anglais résidant en France, sont tenus d'appliquer la loi anglaise, comme si lesdits époux, résidant en Angleterre, relevaient de la juridiction des tribunaux anglais; qu'il s'agit là d'une règle impérative découlant de ce principe que le statut personnel est régi par la loi nationale ; que par suite le juge, saisi d'un litige se rapportant au statut personnel d'étrangers résidant en France, n'a pas à rechercher si, eu égard à quelques circonstances exceptionnelles de fait, au domicile des parties par exemple, la loi étrangère admet le même principe sur la détermination de la loi applicable; qu'il ne serait pas rationnel d'accepter le renvoi à la loi française que le législateur a cru devoir écarter... »

La Cour de Rouen, saisie de cette affaire en appel, fit valoir avec plus de netteté encore, que le renvoi est contraire à la souveraineté de l'Etat; on y relève en effet « qu'en vertu du principe de la souveraineté nationale, les tribunaux français ne peuvent s'incliner que devant les règles françaises de conflit (1) ». En définitive, l'arrêt accorde non le divorce, mais simplement la séparation de corps, les violences graves ne constituant, aux termes du *Matrimonial Act* de 1857 qu'une cause de séparation de corps.

La jurisprudence ultérieure est divisée en deux camps bien tranchés ; certaines décisions sont favorables à la thèse de l'acceptation du renvoi ; d'autres, au contraire, suivent les directives données dans l'affaire Eastabrook ; mais en l'absence de toute décision de la Cour suprême, il est difficile d'indiquer le sens dans lequel paraît devoir s'orienter la jurisprudence française. Tout au plus, peut-on relever que les derniers jugements rendus repoussent la théorie du renvoi.

Examinons tout d'abord les décisions qui ont, en notre ma-

(1) Dieppe, 2 avril 1896 et Cour de Rouen, 30 juin 1897, D. 1898.2.281 (note Bartin). *Rev.*, 1906, p. 511.

tière, consacré la thèse de l'acceptation du renvoi ; d'une façon générale, elles sont peu ou même pas du tout motivées, et à vrai dire, elles sont assez rares (1). C'est ainsi que les premières affaires de divorce à l'occasion desquelles les tribunaux français ont fait, postérieurement à l'arrêt précité de la Cour de Rouen, usage de la théorie du renvoi, sont relatives non pas au prononcé, mais aux effets du divorce ou de la séparation de corps. Il s'agissait en effet d'interdire à une femme séparée ou divorcée de porter le nom de son ex-mari. Il convient toutefois de les relever ; car, à la différence de cet arrêt, elles ont admis très nettement le renvoi, l'une de la loi canonique, l'autre de la loi américaine à la loi française. Le tribunal de Tunis (2) dit simplement que le droit canonique s'en rapporte à la législation civile de la juridiction qui est saisie du litige. De son côté le Tribunal de la Seine déclare « qu'en Amérique le statut personnel est déterminé non par la nationalité, mais par le domicile ; que lors de l'instance en divorce les époux étaient domiciliés à Paris, que donc c'est par la loi française, loi de leur domicile d'alors, que doivent être réglés les effets du jugement qui a prononcé leur divorce (3) ».

Un jugement de ce même tribunal, de quelques années postérieur, consacre également la thèse de l'acceptation du renvoi, mais en fait, semble-t-il, une fausse application. Il s'agissait en effet d'une demande en divorce formée entre époux Anglais originaires de l'île Maurice ; or le Code civil de 1804 étant en vigueur dans cette colonie anglaise, on peut se demander si

(1) On a cité à tort, ainsi que le fait observer Potu, *op. cit.*, p. 40, un jugement du tribunal de la Seine, rendu dans l'affaire du *Baron Meyer* le 18 novembre 1901 (V. *supra*, p. 00). Il ne s'agit pas en l'espèce, de la théorie du renvoi : on demandait l'exequatur en France d'un jugement allemand ayant prononcé le divorce entre époux italiens, conformément au système allemand de droit international privé qui était en vigueur avant le code de 1900, et qui était celui de la *lex domicilii*. Rappelons que ce jugement fut déclaré exécutoire, bien qu'il eût prononcé le divorce contrairement à la loi italienne, statut personnel des parties, non pas sur un renvoi de la loi italienne à la loi allemande, mais en vertu d'un droit d'option des tribunaux entre la *lex patriae* et la *lex domicilii*.

(2) Tunis, 22 mars 1899. *Cl.*, 1900, p. 349.

(3) Seine, 22 février 1902 ; Paris, 16 juillet 1904 (*Grant c. Grant Scott*). *Revue*, 1905, p. 146, il ne nous a malheureusement pas été possible de retrouver le jugement de divorce, qui, normalement, a dû, si les époux étaient bien domiciliés en France, envisager la question du renvoi.

l'état et la capacité des Mauriciens domiciliés à l'étranger est déterminée par la loi de leur domicile ou par leur loi nationale. Quoi qu'il en soit, le Tribunal, sans prendre garde à cette législation particulière, déclare que la loi anglaise est compétente pour régir l'état et la capacité des citoyens de l'île Maurice et fait application de la théorie du renvoi, motif pris de ce que « d'après la loi anglaise l'état et la capacité des personnes et spécialement les causes de divorce se déterminent non d'après la loi nationale des époux, mais d'après la loi de leur domicile au moment de l'exercice de l'action sans distinguer entre les mariages contractés à l'étranger et les mariages contractés en Angleterre ; que la loi française est donc seule applicable en l'espèce, le sieur de G... habitant à Paris (1). »

Il y avait au contraire lieu de poser la question du renvoi dans les affaires de *O. c. O.* et *Rocholl* dont le Tribunal de la Seine eut à connaître à faible intervalle. L'affaire *O. c. O.* est celle que nous avons prise comme exemple dans l'introduction de ce chapitre ; le tribunal saisi d'une demande en divorce formée respectivement par le mari et la femme, tous les deux de nationalité anglaise et domiciliés en France, admit le renvoi à la loi française pour prononcer le divorce aux torts du mari ; mais le jugement se borne à constater que « la dame O. a acquis par le fait de son mariage la nationalité de son époux et que les époux sont Anglais ; mais attendu qu'en vertu d'une jurisprudence constante, les tribunaux anglais décident qu'on doit appliquer, en matière de divorce, aux époux Anglais, domiciliés à l'étranger, la loi de leur domicile, notamment en ce qui concerne les causes pour lesquelles le divorce peut être prononcé... », « attendu que O. a son domicile à Paris et qu'il n'en a aucun en Angleterre ; qu'en conséquence, le tribunal peut et doit appliquer aux parties en cause, la loi française (2) ».

De même dans l'affaire Rocholl, saisi d'une demande en divorce formée entre époux Argentins, le même tribunal retient que « aux termes du Code civil argentin, la capacité et l'inca-

(1) Seine, 7 mai 1908 (*de Grandcourt*). *Revue*, 1908, p. 627.
(2) Seine, 11 février 1913 (*O. c. O.*). *Revue*, 1914, p. 547.

pacité des sujets de ce pays, en dehors du territoire de la République Argentine, sont régies par la loi du pays où ils sont établis », et déclare la demande en divorce recevable (1).

Le Tribunal du Havre aurait fait sans doute application, en vertu de la théorie du renvoi, de la loi française, si, dans l'affaire *Knibloë*, la demanderesse en divorce, devenue américaine par son mariage, mais domiciliée en France, avait pu établir la domiciliation de son mari en France ; le jugement relève en effet, « qu'en Amérique, le statut personnel est déterminé non par la nationalité, mais par le domicile », et déclare qu'il y a, dans ces conditions, lieu d'appliquer en l'espèce la loi du domicile ; mais comme le domicile du défendeur est dans l'Etat de New-York, le tribunal, par application de ladite loi, refusa de faire droit à la demande, à l'appui de laquelle était alléguée l'intempérance du défendeur, fait qui ne constitue pas une cause de divorce dans l'Etat de New-York. Cette décision n'en consacre pas moins implicitement la thèse de l'acceptation du renvoi (2).

Dans le jugement du 19 janvier 1926, le Tribunal de la Seine, fidèle à sa jurisprudence, après avoir reconnu à la demanderesse la nationalité américaine (3), et sans s'arrêter au fait que le défendeur, de nationalité italienne, est soumis à une législation qui prohibe le divorce, constate « que les lois de l'Etat d'Indiana (Etat dont la demanderesse est originaire), qui autorisent le divorce des citoyens mariés dans l'Etat et domiciliés à l'étranger aux lois du domicile des parties, en l'espèce à la loi française » ; et le tribunal fait droit à la demande qui lui est soumise (4).

(1) Seine, 8 décembre 1915 (*Rocholl*). *Cl.*, 1917, p. 1020.

(2) Le Havre, aff. *Knibloë*, 17 novembre 1923. *Revue*, 1926, p. 266.

(3) Aux termes de l'article 3 du *Cable Act* du 22 sept. 1922, « Toute Américaine ne cessera pas de l'être en raison de son mariage, après l'adoption de la présente loi, à moins qu'elle ne renonce formellement à sa nationalité devant un tribunal compétent en matière de naturalisation d'étrangers. Sous cette réserve, toute Américaine, qui épousera un étranger non susceptible de devenir citoyen des Etats-Unis cessera d'être Américaine. » (V. *Revue*, 1922-1923, p. 509).

(4) Seine, 19 janvier 1926 (*Guglielmi*). *Rev.*, 1926, p. 269. Ont encore accepté le renvoi les deux décisions suivantes : Marseille, 21 octobre 1931 (*Sedgwick*, époux anglais). *Gaz. Pal.*, 3 décembre 1931 et *Recueil*, 1931.2.918. — Fontai-

Les décisions par lesquelles nos tribunaux ont, à l'inverse des précédents, rejeté la théorie du renvoi contiennent presque toujours un essai de justification de la thèse qu'ils adoptent ; nous aurons, par la suite, à apprécier la valeur de l'argumentation qu'ils présentent ; mais bornons-nous pour l'instant à constater que, loin de considérer le rejet du renvoi comme d'évidence, les jugements sont généralement motivés.

L'une de ces espèces doit être mise à part ; c'est l'affaire *Mac Bride*, où, semble-t-il, des circonstances exceptionnelles et particulières à l'espèce amenèrent le Tribunal de la Seine à écarter la doctrine du renvoi. Il s'agissait d'une demande en divorce entre époux Irlandais domiciliés en France. Le statut personnel irlandais étant, comme le statut personnel anglais, régi par la loi du domicile , la question allait se poser de savoir si, par le jeu du renvoi, la loi française était compétente pour décider de la recevabilité de l'action en divorce. Mais le ministère public fit remarquer dans ses conclusions que le *Matrimonial Act* de 1857 n'avait pas été étendu à l'Irlande, que l'indissolubilité du mariage était dans ce pays un principe d'ordre public et que, dans ces conditions, un tribunal français ne pouvait pas prononcer le divorce entre époux Irlandais ; le ministère public exprima l'avis que la doctrine du renvoi doit être écartée quand son observance a pour conséquence une infraction à une règle d'ordre public interne de la loi nationale normalement compétente et, par là même, l'inefficacité, dans le pays d'origine,

nebleau, 24 juin 1932 (*Dyer*, époux américains, originaires de l'Etat de New-Jersey) ; on relève dans cette décision les considérants suivants :

« Attendu que si, en matière du statut personnel, il y a lieu de recourir à la loi nationale de l'étranger, rien ne s'oppose à ce que la loi française reçoive application lorsque la loi étrangère lui laisse le soin de statuer sur les litiges de ses ressortissants domiciliés en France ; qu'il n'apparaît pas en effet que la loi française de droit international privé souffre du renvoi qui est fait à la loi interne française par la loi de droit international étrangère et qu'il ne peut être dénié que le renvoi, outre qu'il écarte le conflit des lois, permet à la loi française de régler, selon ses propres vues, au mieux des intérêts en cause, des litiges qui naissent sur son propre territoire ; attendu que l'étranger domicilié en France est d'autant moins fondé à décliner la faveur de la loi française qu'il ne reste soumis à son application que par volonté expresse du législateur de son propre pays et qu'il ne peut prétendre à imposer en France une loi qui s'est d'elle-même dessaisie. » *Gaz. Pal.* du 17 octobre 1932 et *Recueil*, 1932.2.633.

de la décision rendue à l'étranger conformément à la loi de renvoi. Nous aurons à revenir par la suite sur le conflit entre les règles de droit international privé et les règles d'ordre public interne. Toujours est-il que, dans cette espèce, le Tribunal de la Seine, puis la Cour de Paris firent céder la doctrine du renvoi devant la règle irlandaise d'ordre public et repoussèrent ainsi incomplètement la théorie du renvoi (1).

Les décisions rendues plus récemment dans un sens défavorable au renvoi sont motivées d'une façon plus précise ; mais le seul argument sur lequel elles reposent est tiré de la souveraineté de l'Etat. C'est ainsi qu'en 1925 et 1926, le Tribunal de Boulogne-sur-Mer a écarté résolument le système du renvoi pour s'en tenir à la loi nationale des parties, en l'espèce à la loi anglaise. Si le premier de ces deux jugements déclare simplement « que le divorce et la séparation de corps intéressant l'état et la capacité des personnes et dépendant par suite du statut personnel, seuls peuvent poursuivre en France le prononcé du divorce ou de la séparation de corps les étrangers dont la loi nationale prévoit et autorise semblable mesure et qui justifient, en outre, de motifs admis dans leur pays d'origine comme étant susceptibles d'entraîner la rupture du lien conjugal... (2). » Le jugement rendu dans la deuxième espèce écarte l'application de la loi française par les considérants suivants : « Attendu qu'il ne s'agit pas de décider si les causes de divorce d'après la loi ou la jurisprudence anglaise se déterminent d'après la loi du domicile, mais de faire application des principes de droit international qui sont contenus dans l'article 3 du Code civil, lequel, en édictant que les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français même résidant à l'étranger, fait implicitement dépendre de leur loi nationale l'état et la capacité des étrangers résidant en France ; que cette règle est impérative et s'impose aux juges, chaque Etat ayant le droit

(1) Seine, 8 août 1906. *Rev.*, 1906, p. 938, *Cl.*, 1907, p. 373. — Paris, 30 janvier 1908. *Rev.*, 1908, p. 450.

(2) Boulogne-sur-Mer, 14 décembre 1925 (*Frame*). *Rev.*, 1926, p. 267, *Cl.*, 1927, p. 70.

de fixer l'étendue d'application de ses propres lois et celle des lois étrangères sur son territoire ; que par suite le Tribunal, étant saisi d'une demande en divorce introduite par les époux anglais S... résidant en France, est tenu d'appliquer la loi anglaise comme si les époux résidaient en Angleterre... » (1).

L'argumentation présentée par la Cour de Douai, dans l'affaire *Dutnall*, pour rejeter le renvoi repose, elle aussi, sur la souveraineté de l'Etat : seul le législateur français peut déterminer la loi que les juges français doivent appliquer dans tel cas ; et il lui est impossible de tolérer qu'un autre souverain se substitue à lui pour donner compétence à une loi plutôt qu'à une autre. De l'acceptation ou du rejet du renvoi dépendait, dans cette affaire, le sort de l'action, puisque le demandeur alléguait comme cause de divorce, les injures graves, cause admise par la loi française, mais ignorée du droit anglais. La juridiction saisie donna compétence à la loi anglaise et présenta à l'appui de cette thèse une argumentation particulièrement vigoureuse ; on lit en effet dans l'arrêt « que si l'on doit considérer comme certain que, par une disposition de droit international privé, le législateur anglais a renoncé à ses prérogatives à l'égard de ses ressortissants domiciliés en France, cette disposition se trouve en conflit avec le principe, également de droit international privé, qui se déduit de l'article 3 du Code civil et d'après lequel les droits des étrangers en France sont fixés par leur loi nationale ; qu'on ne peut trancher ce conflit qu'en appliquant la règle tirée de l'article 3 du Code civil, qui, étant de droit international privé, constitue un acte de souveraineté de caractère purement territorial, auquel il ne peut être porté atteinte par le législateur étranger ; qu'on ne peut accepter le renvoi à la loi française, alors que le législateur ne l'a pas admis... » (2).

(1) Boulogne-sur-Mer, 5 février 1926 (*Sandberg*). *Rev.*, 1926, p. 268, *Cl.*, 1926, p. 977. Signalons que dans l'aff. *Frame* et dans l'aff. *Sandberg*, le tribunal de Boulogne-sur-Mer a ignoré la loi anglaise du 18 juillet 1923, qui autorise le divorce pour adultère simple, et a cru, dans ces conditions, devoir refuser le divorce aux demandeurs.

(2) Cour de Douai, 26 mars 1926 (aff. *Dutnall*). *Rev.*, 1929, p. 500, et D. H. 1929, p. 290.

Les décisions précédentes passent complètement sous silence la jurisprudence établie par la Cour de cassation dans les affaires Soulié et Forgo (1). Plus soucieux de l'opinion de la Cour suprême, le Tribunal de Pau, saisi récemment d'une demande en divorce formée entre époux Anglais domiciliés en France, a écarté le renvoi, mais a essayé de concilier cette solution avec les précédents considérables qui semblent la condamner. A cet effet il établit une distinction, d'ailleurs assez arbitraire, entre la matière des successions et celle de l'état et de la capacité des personnes. Dans le premier cas, la Cour de cassation accepte le renvoi, dit le jugement, parce que les règles de la dévolution successorale reposent principalement sur un intérêt d'ordre patrimonial ; mais au contraire, le renvoi est inacceptable en matière de divorce, « parce que les règles du statut personnel, essentiellement d'ordre public, ont ce caractère aussi bien en droit interne que dans le droit international privé ; que le divorce entraîne pour les personnes désunies un changement d'état considérable ; que sa permission comme sa prohibition est étroitement attachée à une loi nationale ;... que la circonstance que la jurisprudence anglaise admet, pour les causes pouvant donner lieu au divorce, le renvoi à la loi du domicile, ne peut faire échec à un principe d'ordre public de notre législation qui applique strictement aux étrangers leur loi nationale lorsqu'il s'agit de leur capacité ou de leur état, ce qui est le cas pour le divorce... » (2). Cette distinction paraît très contestable ; l'autonomie de la volonté n'est pas plus souveraine en matière de succession qu'en matière de statut personnel. En tout cas, cette décision, qui déclare le renvoi inadmissible en matière de statut personnel, est diamétralement opposée à une théorie sur laquelle nous aurons à revenir, celle de M. Lerebours-Pigeonnière, qui soutient au contraire qu'elle ne peut être utilisée qu'en matière d'état et de capacité (3).

(1) V. *supra*, p. 99.

(2) Pau, 23 mai 1930 (aff. *L...*). *Rev.*, 1930, p. 690.

(3) Lerebours-Pigeonnière, *Observations sur les questions du renvoi. Cl.*, 1924, p. 877 et s.

Signalons enfin que la Cour d'appel de Paris a, par un arrêt du 1er mars 1933, écarté la doctrine du renvoi en matière de divorce, considérant que « lorsqu'un étranger porte devant les tribunaux français une action concernant son état, le litige ne peut apprécier que d'après les dispositions de sa loi nationale ; que cette règle s'applique notamment aux instances en divorce qui intéressent essentiellement l'état des personnes ; qu'on peut déduire de l'article 3 du Code civil que l'état et la capacité de l'étranger sont gouvernés en France par sa loi nationale ; que cette règle doit être appliquée, sans qu'il y ait lieu de distinguer si l'étranger est ou non domicilié en France ; que l'application de la loi étrangère doit-être considérée comme légalement obligatoire ; qu'il en serait de même si l'étranger avait renoncé à sa loi nationale ; qu'en effet on ne saurait l'admettre à invoquer ou repousser à son gré la dite loi » (1).

En résumé, l'analyse de la jurisprudence française révèle qu'elle s'est prononcée, en matière de divorce, dans une mesure sensiblement égale, pour et contre l'acceptation du renvoi. Quand on examine celles des décisions qui sont favorables au renvoi, on ne peut s'empêcher de remarquer l'absence de justification qui les caractérise d'une façon uniforme ; elles se bornent à enregistrer le fait que la loi étrangère renvoie à la *lex fori* (2), mais ne cherchent pas à expliquer juridiquement, eu égard aux conceptions françaises de droit international privé, l'application de la loi française. Cette absence d'argumentation étonne d'autant plus que les décisions rendues dans le même sens, à une époque contemporaine, mais dans d'autres matières, contiennent pour le moins un essai de justification, reposant sur les avantages pratiques du renvoi ou encore sur l'impossibilité de scinder la

(1) Cour de Paris, 1er mars 1933. *Gaz. du Pal.*, 29 avril 1933. Conclusions conformes du ministère public, qui avait fait valoir notamment qu'accepter le renvoi, c'est méconnaître le droit de souveraineté de l'Etat français ; il ajoutait en outre : « Sommes-nous bien certains que le droit international anglais renvoie à la loi du domicile ? » C'est pourtant là, semble-t-il, une règle incontestable du droit anglais.

(2) En notre matière, les seules espèces dans lesquelles le problème du renvoi a été retenu, sont relatives au renvoi simple, c'est-à-dire au renvoi à la loi française. Aucune d'entre elles ne vise le renvoi à une loi étrangère.

loi étrangère en règles de droit interne et règles de droit international privé. A l'inverse, les décisions défavorables au renvoi sont presque toujours motivées et le sont fortement. Leur argumentation contraste singulièrement avec le laconisme de celles qui ont admis le renvoi ; cela vient principalement de ce que, la majorité de la jurisprudence étant favorable au renvoi, les juges qui adoptent l'opinion contraire estiment indispensable de motiver soigneusement leur jugement. Ces décisions, qui, comme nous le constaterons par la suite, s'inspirent très nettement des opinions doctrinales, reposent essentiellement sur la notion de la souveraineté des Etats, qui, dans notre domaine, se traduirait par le caractère impératif des règles déterminant la loi compétente pour régir l'état et la capacité des personnes ; « l'article 3 du Code civil, dit la Cour de Douai, étant de droit international privé, constitue un acte de souveraineté de caractère purement territorial, auquel il ne peut être porté atteinte par le législateur étranger. »

* * *

A l'étranger comme en France, il est exceptionnel que les législations aient pris parti sur la question du renvoi ; mais il n'est pas rare de trouver dans la jurisprudence des décisions qui consacrent ou rejettent le renvoi, notamment en matière de statut personnel.

Dans cet examen, il convient de réserver une place toute spéciale à la jurisprudence des tribunaux belges, pour lesquels le problème s'est présenté dans des conditions en tous points analogues à celles dans lesquelles il s'est posé devant les juridictions françaises ; le droit positif belge est en effet muet sur le renvoi tout comme le droit français.

C'est surtout en ce qui concerne le divorce que les tribunaux belges ont eu à faire application de la théorie du renvoi ; ils y ont été appelés, dès 1882, c'est-à-dire à une époque sensiblement contemporaine de l'affaire *Forgo*, mais bien antérieure à l'affaire *Eastabrook*, à propos d'une demande en divorce for-

mée entre époux Anglais domiciliés en Belgique, pour une cause admise par le droit belge, mais inconnue du droit anglais. Le Tribunal de Bruxelles prit acte du conflit entre les systèmes anglais et belge de droit international privé et retint que « le droit anglais admet que l'état des personnes est réglé par la loi de son domicile et accepte dans ces conditions la compétence de la loi belge (1) ». Le jugement fut confirmé en appel (2). Enfin, sur pourvoi, l'affaire alla devant la Cour de Cassation, qui, par un arrêt du 9 mars 1882, sans formuler la moindre argumentation, consacra la thèse de l'acceptation du renvoi. La Cour déclare notamment que « le droit anglais admet que l'état et la capacité des personnes sont régis par la loi de leur domicile ; qu'en invoquant ainsi la loi anglaise et en en fixant le sens, l'arrêt attaqué n'a fait que déterminer, dans l'espèce, les dispositions devant régir à l'étranger les causes de dissolution du mariage » ; et elle décide que l'arrêt attaqué a fait application régulière de l'article 3 du Code civil (3).

En présence du caractère formel de cette décision, les tribunaux belges n'ont pu par la suite, en matière de divorce, que se conformer à la thèse qu'elle adopte ; il n'existe pas, à notre connaissance, de décisions dissidentes : elles sont toutes favorables au renvoi. Leur analyse est sans intérêt, car suivant également sur ce point l'arrêt de 1882, elles se bornent à constater le renvoi à la loi belge, mais ne justifient d'aucune façon la compétence de cette dernière (4). En tout cas, à la différence de la

(1) Bruxelles, 19 février 1881 (*Bigwood*, époux anglais). *Pas.*, 1881, III, p. 94.

(2) Cour de Bruxelles, 14 mai 1881, S. 1881.4.41.

(3) Cass., 9 mars 1882. *Pas.*, 1881.1.62, S. 1882.4.17.

(4) Bruxelles, 1er décembre 1894 (*Silverberge c. Emden*). *Cl.*, 1896, p. 895 (époux allemands). — Anvers, 16 mars 1895 (*X... c. Y*, époux anglais). *Cl.*, 1896, p. 655. — Bruxelles, 24 décembre 1898 (*X. c. Y.*, Israélites russes). *Pas.*, 1899, III, p. 57. — Anvers, 21 janvier 1901 (aff. *Balker*, époux anglais). *Rev.*, 1906, p. 223. — Bruxelles, 17 décembre 1904 (*Vlamings c. André*, époux hollandais). *Pas.*, 1905, III, p. 220. — Bruxelles, 29 novembre 1922 (*X.*, époux anglais). *Rev. de l'Institut de droit comparé*, 1922, p. 304. — Charleroi, 18 novembre 1924 (*X.*). *Journal des tribunaux*, 1924, col. 732. — Bruxelles, 4 juin 1928 (époux anglais). *Cl.*, 1930, p. 467. — Pour les décisions antérieures à 1905, voir Potu, *op. cit.*, p. 77 et suivantes.

jurisprudence française qui présente en la matière beaucoup d'incertitudes, la jurisprudence belge admet très nettement le renvoi prescrit par la loi nationale normalement compétente.

Le droit et la pratique en Allemagne admettent depuis 1900 le système du renvoi, mais limitent son application à certaines hypothèses du statut personnel, sous une double réserve ; il ne doit fonctionner qu'au premier degré et que dans la mesure où il donne compétence aux lois allemandes. Ces restrictions apportées au fonctionnement du renvoi dans le droit allemand résultent des termes de l'article 27 de la Loi d'Introduction, dont la rédaction est la suivante : « Si, d'après les lois de l'Etat étranger, dont les lois sont déclarées compétentes par les articles 7, alinéa 1, 15, alinéa 2, 17, alinéa 1 et 25, il y a lieu d'appliquer les lois allemandes, on doit faire application de ces dernières. » Les articles énumérés dans ce texte sont relatifs respectivement à la capacité de contracter, à la capacité matrimoniale, aux régimes matrimoniaux, au divorce, à la dévolution successorale. Dans ces diverses hypothèses, les Tribunaux allemands doivent se référer non pas aux dispositions internes du droit national des parties, mais aux règles de droit international privé étrangères. Toutes ces matières sont bien relatives au statut personnel ; en outre, il résulte du texte même que l'acceptation du renvoi confère compétence au droit allemand. C'est là une conception éminemment nationaliste du renvoi, puisqu'il ne lui est fait une place dans la législation positive allemande que dans la mesure où elle profite au droit allemand (1).

Liée par ce texte, la jurisprudence allemande a, particulièrement en matière de divorce, accepté le renvoi dans le cadre de l'article 27 de la loi d'Introduction (2). C'est ainsi que la Cour d'appel de Celle a jugé, s'agissant d'une demande en divorce

(1) Il y a controverse sur le point de savoir si l'énumération de l'article 27 est limitative. V. notamment Potu, *op. cit.*, p. 96 et suivantes.

(2) *R. G.*, 13 décembre 1900 (*Thiele*). *Cl.*, 1901, p. 158. — *Kammergericht*, 20 septembre 1901 (demande d'aliments dans une instance en divorce). *Cl.*, 1904, p. 195. — Hambourg, 19 décembre 1906. *Rev.*, 1907, p. 798 et *Cl.*, 1913, p. 954. — Hambourg, 6 novembre 1912, H. G. Z., 1913, n° 4. — Voir encore *Répertoire*, t. VII, v° *D. I. P. Allemagne*, n° 179.

formée entre époux norvégiens, que les lois allemandes étaient compétentes, car les lois norvégiennes qui concernent le divorce renvoient aux lois du domicile des parties (1). Plus récemment, un arrêt de la Cour de Kiel a fait application de la théorie du renvoi dans une espèce où il n'y avait pas lieu, semble-t-il, à renvoi ; il s'agissait en effet d'un divorce entre mari allemand et femme anglaise ; conformément à l'alinéa 1 de l'article 17, les tribunaux allemands auraient dû se borner à rechercher le bien-fondé de la demande d'après la loi allemande. Cependant la Cour a jugé qu'il y avait lieu d'appliquer respectivement la loi nationale du mari et la loi nationale de la femme ; cette thèse, qui donne compétence à la plus restrictive des deux lois, a amené nécessairement les juges à voir, dans l'espèce, un cas d'application de l'article 27 de la loi d'Introduction, les deux époux étant domiciliés en Allemagne ; n'y a-t-il pas en effet renvoi de la loi nationale de la femme, c'est-à-dire de la loi anglaise à la loi du domicile, en conséquence à la loi allemande ? C'est à cette solution que se range la Cour de Kiel qui fait observer que « il n'y a pas d'objection à faire application de l'article 27 précité, parce que le renvoi est une institution généralement reconnue par le droit international privé moderne... Il n'y a pas non plus à s'arrêter à l'objection que le droit allemand ne serait pas applicable sous prétexte que, si le droit anglais renvoie au droit allemand, celui-ci, de son côté, renvoie au droit anglais. Il est reconnu en droit international privé que le renvoi au deuxième degré n'a pas lieu et que, lorsque le droit étranger renvoie au droit national, c'est ce dernier droit qui est appliqué. C'est justement pour éviter le cercle des renvois répétés que la disposition de l'article 27 a été introduite. En cas de renvoi, il y a lieu d'appliquer le droit allemand ; cela ne veut pas dire que ce sont maintenant les règles de solu-

(1) Cour de Celle, 15 oct. 1925. *Cl.*, 1926, p. 461. — Comparer Cour de Kiel, 24 janvier 1931. *Cl.*, 1932, p. 756, affaire dans laquelle il est fait une application superflue du renvoi de la loi anglaise, loi de la défenderesse, à la loi allemande puisque l'article 17 de la loi d'introduction commande d'appliquer la loi du mari, en l'espèce de nationalité allemande.

tion du conflit des lois qui doivent s'appliquer, mais bien celles du droit interne allemand... » (1).

Sans être consacrée dans des termes aussi formels que ceux de l'article 27 de la loi d'Introduction au Code civil allemand, l'admission du renvoi résulte en Suisse, de plusieurs textes, notamment, en matière de divorce, de l'article 56 de la loi fédérale du 27 décembre 1874. Ce texte, qui n'autorise le prononcé de divorce que « s'il est établi que l'Etat auxquels les époux sont ressortissants reconnaîtra le jugement qui sera prononcé », a été interprété tant en doctrine qu'en jurisprudence comme imposant au juge suisse l'obligation de respecter les règles de droit international privé du pays d'origine des époux, et par conséquent d'appliquer la loi suisse si la loi nationale y renvoie. C'est également dans ce sens que sont interprétées d'une façon générale les dispositions de l'article 59 du Code civil suisse, alinéa 7 *g* (2). Quoi qu'il en soit, les tribunaux suisses ont très nettement accepté le renvoi à plusieurs reprises, s'agissant de demandes en divorce formées par des étrangers dont la loi nationale renvoie à la loi du domicile (3).

Signalons enfin, parmi les pays qui soumettent l'état et la capacité des personnes à la loi nationale, que la jurisprudence italienne paraît défavorable au renvoi, qui ne fait d'ailleurs l'objet d'aucun texte en droit positif (4). A l'inverse, la loi

(1) Cour de Kiel, 24 janvier 1931, *Cl.*, 1932, p. 756 ; *Blätter fur I. P. R.*, VI, 1931, p. 209.

(2) Voir à ce sujet Potu, *op. cit.*, p. 91, note au *Cl.*, 1914, p. 1035. — V. aussi Ch. Simond, *op. cit.*, *Cl.*, 1927, p. 618. — Reichel, *Commentaire du Code civil suisse*, p. 162.

(3) Tribunal fédéral, 3 mai 1900 (aff. *Schille*). *Cl.*, 1905, p. 744 . — Zurich, 9 déc. 1910 (aff. *Albert*) et 16 février 1912 (aff. *Coltmann*). *Cl.*, p. 1030. — Cour de Justice civile, 8 février 1913 (aff. *Bound*). *Cl.*, 1914, p. 1381. — Mais les tribunaux suisses vérifient, malgré le renvoi à la loi suisse, si l'ordre public du pays dont les époux sont originaires admet la cause suisse du divorce ; V. notamment les décisions suivantes prononçant le divorce entre sujets américains : Zurich, 10 juin 1914 (sujets originaires de l'Etat d'Ohio). *Rev. suisse de jurisprud.*, 1916-1917, p. 72. — Cour Zurich (Géorgie), 8 juin 1921, *Blätter Zur. R.*, 1922, n° 3, p. 2. — Zurich, 18 juin 1930 (Minnesota). *Rev. suisse dr. jurispr.*, 1930-1931, p. 87. — *Id.*, 7 oct. 1930 (Visconsin). *Id.*, 1930-1931, p. 267.

(4) *Répert.*, t. VI, v° *D. I. P. Italie*, n° 100. Le problème du renvoi ne s'est naturellement pas posé en matière de divorce, il ne s'est pas encore présenté, à

japonaise Ho-Rei du 15 juin 1898, article 29, admet expressément le renvoi à la loi japonaise, *lex fori*, de la loi étrangère déclarée applicable par la loi japonaise en matière de statut personnel. Enfin la doctrine du renvoi est repoussée par l'avant-projet du Code civil roumain, dans les articles 63 et 64 (1) ; en outre, l'article 74 prévoit des mesures de rétorsion à l'égard de l'Etat étranger qui ne reconnaît pas aux autorités et lois roumaines une compétence analogue à celle qui est reconnue aux lois et autorités étrangères en Roumanie. Ainsi, à supposer que des Anglais domiciliés en Roumanie, demandent le divorce, un décret pourra ordonner l'application de la loi roumaine, par rétorsion à l'égard de la jurisprudence anglaise relative au divorce des Roumains domiciliés en Angleterre (2).

Section II.

Examen doctrinal.

Dès son apparition, la théorie jurisprudentielle du renvoi a donné lieu à des discussions particulièrement approfondies ; et il est peu d'internationalistes qui n'aient eu à un moment quelconque de leur activité scientifique à se prononcer sur sa valeur juridique (3). D'une façon générale, l'arrêt Forgo et les décisions qui s'y sont conformées ont été l'objet de très vives critiques de la part de la doctrine, qui, presque unanime, combat cette jurisprudence et lui refuse tout fondement rationnel.

notre connaissance, en ce qui concerne la séparation de corps. Le cas échéant, il est vraisemblable, à s'en tenir à la jurisprudence de la Cour de Naples dans l'affaire de succession Kernot, que les tribunaux italiens se refuseraient à appliquer la loi italienne par le jeu du renvoi. V. Cass. Naples, 5 janvier 1920. *Rev.* 1921, p. 269.

(1) Art. 63 : « La reconnaissance d'une loi étrangère n'étend pas ses effets aux dispositions de droit international privé qu'elle pourrait contenir. Les juridictions roumaines appliqueront uniquement les dispositions roumaines de droit international privé. » — V. *Rev.*, 1933, p. 171 et suivantes.

(2) Comparer art. 31 de la loi d'Introduction au Code civil allemand.

(3) Voir pour la répartition des auteurs le tableau dressé par Potu, *op. cit.*, p. 1. — Voir la répartition plus récente établie par P. Louis Lucas, au *Répert.*, v° *Renvoi*, t. IX, nos 80 et suiv.

Notre intention n'est pas d'étudier ici cette fameuse question qui a déjà été débattue à un point tel que l'on court le risque, en voulant l'aborder à nouveau, d'exposer moins bien ce qui l'a déjà été. Cependant il nous paraît nécessaire, en raison des divergences qui se font jour sur le problème du renvoi dans la jurisprudence relative au divorce, de rappeler brièvement les arguments essentiels qui ont été présentés pour et contre l'acceptation du renvoi. Puis, limitant notre conclusion à la matière du divorce, nous examinerons à quel parti il convient, en l'espèce, de se ranger.

Les partisans de l'acceptation du renvoi se sont efforcés de justifier leur thèse par deux sortes de considérations les unes d'ordre théorique, les autres d'ordre pratique.

Reprenant le seul argument qui apparaisse parfois dans la jurisprudence favorable au renvoi, ils ont tenté de lui donner une base scientifique. Les décisions se bornent généralement à affirmer que l'on ne peut imposer aux étrangers l'application de leur loi nationale ; car, puisque celle-ci renvoie à une autre loi, ce ne serait plus leur accorder le bénéfice de leur loi nationale. C'est ainsi que dans l'affaire *Bigwood*, dont nous avons fait l'analyse dans notre première section, la loi belge est déclarée compétente parce que l'appliquer c'est se conformer à la loi anglaise. Commentant et approuvant cette décision, un auteur belge écrit : « Sans doute, quand leur loi nationale fait dépendre l'état et la capacité de leur domicile ou de la résidence, les étrangers peuvent se soustraire au droit interne de leur pays, et modifier leur état et leur capacité en transportant leur domicile ailleurs. Mais cette faculté que leur loi nationale leur accorde, le juge belge ne peut la leur enlever quoiqu'elle se prête à des abus. Il ne peut leur dire contrairement à leur loi nationale : « Vous ne pouvez échapper au droit interne de votre pays ». Leur tenir un pareil langage, ce ne serait plus leur accorder le bénéfice dans leur loi nationale » (1).

(1) De Paepe, *Etude sur la compétence civile à l'égard des étrangers*, t. I, p. 229. — V. encore Rollin, *Princ. de droit international privé*, t. II, p. 46, qui écrit : « En faisant application de la loi du domicile, on applique en réalité

Mais les partisans du renvoi ne se sont pas bornés à reprendre l'affirmation de la jurisprudence ; ils ont cherché à lui donner une base scientifique. Quand la règle française déclare applicable la loi étrangère, c'est sans doute la loi étrangère interne qui est visée ; mais il existe entre cette loi interne et la règle étrangère de conflit un lien si étroit qu'on ne peut les prendre séparément et les isoler ; d'où il résulte que « la compétence dont une loi de droit interne est saisie par le législateur français se communique nécessairement à la règle de droit international ; et, dès lors, le renvoi que fait cette règle s'impose avec l'autorité du droit ; le législateur français, qui s'est adressé à la loi étrangère, s'est par là même soumis à la règle de droit international privé qui fait corps avec cette loi ; il a d'avance consenti au renvoi ». (1) La loi étrangère constitue donc un tout homogène, dans lequel toute scission demeure impossible entre règles de conflit et règles internes.

Mais comment les partisans du renvoi justifient-ils ce caractère d'uniformité du droit, qui est à la base de leur thèse ? Pour M. de Vareilles-Sommières, « le renvoi fait par la loi étrangère à la loi du domicile est précisément un de ces statuts personnels qu'on nous présente comme s'adaptant à la constitution physique et morale de ses ressortissants et comme devant être acceptés de confiance par le législateur français » (2). Mais cet auteur omet de s'expliquer sur la question de savoir en quoi la disposition législative qui édicte le renvoi constitue une règle de droit interne faisant corps avec le statut personnel. N'est-ce pas plutôt une règle de droit international destinée à régler un conflit entre deux statuts personnels ?

M. Fiore assigne à l'uniformité du droit un fondement plus scientifique. Pour lui, « la compétence législative à l'égard des personnes appartient au souverain de chaque Etat sur ses na-

la loi de la nation, on ne fait que rendre hommage au principe d'après lequel l'étranger est régi, quant à sa capacité, par sa loi nationale. »

(1) Résumé de l'opinion des partisans du renvoi présentée par Lainé, *op. cit. Rev.*, 1907, p. 50.

(2) De Vareilles-Sommières, *Synthèse du dr. int. privé*, t. II, p. 50.

tionaux ; par conséquent, les règles qu'il édicte pour déterminer les conditions juridiques de ses citoyens même en pays étranger, dans le domaine de leurs droits privés, doivent être reconnues intégralement, parce qu'elles font partie de leur statut personnel... Les règles législatives concernant le droit international privé édictées en vue de déterminer la compétence législative doivent avoir la même autorité que le statut personnel, parce qu'elles en sont un élément intégrant complémentaire... (1).

Westlake ne peut concevoir une séparation entre le droit interne et le droit international privé. « La conception que le législateur éclairé et consciencieux se fait de sa compétence (c'est-à-dire sa conscience du droit international privé) est incorporée à toute son œuvre. Une législation nationale ne se basant pas sur un principe de droit international est inconcevable. Le droit international privé n'est pas un supplément à l'œuvre. Il la pénètre tout entière et fait corps avec elle » (2).

Enfin, reprenant la même thèse, M. Colin constate que dans l'opinion qui rejette le renvoi « notre loi ne renverrait pas à l'ensemble de la loi britannique, mais exclurait certaines de ses dispositions, et précisément celles que la loi anglaise a écrites en vue de l'hypothèse présente et de la difficulté à solutionner » (3).

On invoque par ailleurs en faveur du renvoi un argument tiré de la notion de souveraineté. S'obstiner à vouloir appliquer la loi interne étrangère, alors que les règles de conflit de ladite loi donnent compétence à une autre loi, c'est méconnaître le respect dû à la souveraineté des Etats. « Imposer une compétence à qui n'en veut pas, écrit M. von Bar, ce n'est pas le traiter en égal, c'est revendiquer une espèce de supériorité et s'attribuer un droit supernational. C'est agir comme une

(1) Pasquale Fiore, *Du conflit entre les dispositions législatives de droit international. Cl.*, p. 689 et 692.

(2) Westlake, note parue dans l'*Ann. de l'Institut de droit international privé*, 1900, t. 18, p. 168.

(3) A. Colin, note sous Pau, 11 juin 1906 (*Clémentel*), D. 1907.2.1.

Cour Suprême qui ordonne à un tribunal inférieur, qui s'était déclaré incompétent, de statuer sur le fond. Or comme tous les Etats sont égaux et doivent se respecter les uns les autres, il ne peut y avoir de compétence imposée » (1). Au surplus, pourquoi adopter une telle attitude puisque la nation qui préconise l'application d'une autre loi se désintéresse de la question et déclare elle-même accepter la compétence de la loi étrangère ? « La loi anglaise décide que la loi du domicile doit l'emporter sur la loi nationale : elle s'approprie la loi française. Mais alors où est le conflit ? Les deux souverainetés ne sont plus en compétition. Puisque la loi personnelle s'incline devant la loi territoriale, pourquoi celle-ci refuserait-elle le cadeau ? Pourquoi se montrerait-elle plus royaliste que le roi, plus religieuse que l'Eglise, plus étrangère que l'étranger ? » (2).

Enfin les partisans du renvoi font valoir que leur système présente le double avantage pratique d'écarter toute contrariété de jurisprudences et d'assurer l'éxécution extra-territoriale des jugements. Ainsi à supposer qu'un Anglais soit jugé en France contrairement à la théorie du renvoi, c'est-à-dire que le tribunal français applique à cet Anglais la loi anglaise, cet Anglais pourra-t-il se prévaloir de ce jugement en Angleterre? Que l'exequatur soit ou non nécessaire, il lui est impossible de se prévaloir de ce jugement rendu contrairement au vœu de la loi anglaise. En se montrant plus Anglais que l'Angleterre, les adversaires du renvoi lui nuisent bien plus qu'ils ne lui sont utiles. Au contraire, en acceptant le renvoi, le tribunal français jugera comme jugerait un tribunal danois s'il avait à trancher une question de capacité concernant ce même Anglais domicilié en France. En outre, puisque cette décision aura été rendue conformément à la règle anglaise de conflit, rien ne s'opposera à ce qu'elle soit reconnue par les tribunaux anglais.

Signalons enfin que certains auteurs admettent le renvoi, mais limitent son acceptation aux matières du statut person-

(1) Von Bar, *Ann. de l'Inst. de dr. intern.*, 1900, p. 150.
(2) Weiss, *Ann. de l'Inst. de dr. intern.*, 1900, p. 150.

nel. Indépendamment des arguments que nous venons de passer en revue, il y aurait un intérêt tout particulier, dit-on, à l'admettre en cette matière : les lois qui touchent à l'état et à la capacité des personnes sont essentiellement des lois de protection ; s'il appartient à une autorité quelconque de déterminer quelles sont les dispositions les plus aptes à protéger les individus, c'est bien au souverain dont ils dépendent. Dès lors, si ce souverain ordonne l'application de la loi du domicile, comment un juge étranger pourrait-il, par l'application de la *lex patriæ*, prétendre défendre les intérêts de cet étranger ?

Les adversaires du renvoi se sont attaqués tant au fondement scientifique qu'aux avantages pratiques que d'aucuns lui reconnaissent.

Ils contestent tout d'abord que le droit d'un pays constitue un tout uniforme. Il existe au contraire, disent-ils, deux catégories de règles bien distinctes, les unes de droit interne, les autres de droit international privé. Historiquement, la formation du droit international privé est postérieure à l'élaboration du droit interne. De plus « les règles de droit international privé sont généralement en très petit nombre et tout à fait insuffisantes pour déterminer l'application du droit interne tout entier. Le domaine du droit interne est-il d'autant plus restreint ? Le prétendre serait nier l'évidence. Partout ce développement du droit interne est indépendant de celui du droit international privé... Le droit interne et le droit international privé sont d'essence différente ; ils peuvent ne pas coexister ; et là où ils coexistent, ils sont sinon pleinement indépendants l'un de l'autre, du moins sans intimité nécessaire...; le droit international ne s'incorpore nullement au droit interne de manière que le législateur d'un pays doive être considéré comme adoptant en même temps son droit international au lieu et place de celui qu'il s'est lui-même donné » (1).

L'argument tiré de la notion de souveraineté ne leur paraît guère plus convaincant ; ils le détruisent et même le retournent

(1) Lainé, *La théorie du renvoi en dr. intern. privé. Rev.*, 1907, p. 59.

contre les partisans du renvoi. Ces derniers ne prennent en considération que la souveraineté de l'Etat dont la législation ordonne le renvoi. A cette thèse, les adversaires du renvoi reprochent de passer sous silence la souveraineté de l'Etat qui accepte le renvoi. D'après eux, quand un juge est saisi d'un litige, il n'est tenu d'observer que les règles de droit international privé posées par le souverain dont il dépend. La règle que celui-ci a prescrite doit être considérée comme la meilleure et comme répondant le plus parfaitement à une bonne justice. Dès lors, comment ce juge pourrait-il admettre le renvoi que lui adresse un autre législateur dont les vues ne sont pas conformes aux siennes ? « Ce serait, a dit Lainé, renier son œuvre, s'effacer sur son propre territoire, devant cet autre législateur, se dessaisir d'un droit inhérent à sa souveraineté, manquer à son devoir ; une telle abdication ne se conçoit pas, c'est une chose impossible... La souveraineté respective des Etats sur leur territoire est la seule base de droit international, celle du droit privé comme celle du droit public. La conséquence en est que chaque Etat, sur son territoire, organise à son gré la justice. Il a ses juges et son droit ; ses juges ne peuvent observer que son droit, son droit international de même que son droit interne » (1).

L'argument fondé sur l'uniformité que le renvoi mettrait dans les décisions ne les arrête pas davantage. Supposons, disent-ils, qu'un étranger, un Argentin par exemple, dont la loi nationale accepte le principe du domicile, se trouve domicilié dans un pays tel que la France, dont la législation adopte le principe de la nationalité. Puisque, pour les partisans du renvoi, le droit d'un pays constitue un tout homogène, le juge français qui interprétera la législation argentine sera renvoyé par elle à la loi interne française, pendant que le juge de Buenos-Ayres, par interprétation de la loi française du domicile, sera ramené à la loi interne argentine, de sorte qu'il n'y aura pas uniformité de jugement.

(1) Lainé, *op. cit.*, *Rev.*, 1906, p. 642 et 1907, p. 331.

Enfin, si le principe du renvoi est exact, pourquoi se borner à un seul renvoi ? Le juge, que la loi étrangère renvoie à sa propre loi, sera renvoyé par celle-ci à la loi étrangère, qui à son tour le renverra, de sorte que l'on aboutit à un lawn-tennis international. La théorie du renvoi, déjà inexacte dans sa construction théorique, ne l'est donc pas moins dans son fonctionnement pratique, puisqu'elle a pour conséquence de créer un jeu de raquette dont on ne voit pas la fin.

Non contents de critiquer les arguments invoqués pour l'acceptation du renvoi, les adversaires de cette thèse n'hésitent pas à la présenter comme une thèse rétrograde, constituant la négation même du droit international privé. Sans doute, disent-ils, l'acceptation du renvoi est un procédé commode pour le juge saisi, puisqu'elle donne en fait presque toujours compétence à sa loi propre qu'il est censé connaître particulièrement bien et dont l'application le dispense de l'interprétation parfois délicate d'un système juridique étranger qu'il ignore (1). « J'aime mieux ce qui est simple que ce qui est complexe... » (2). En outre, accepter le « cadeau », c'est assurer la prééminence de la *lex fori*, c'est donner aux juges l'occasion de manifester leur nationalisme. Mais admettre un pareil calcul, n'est-ce pas revenir à un état de droit archaïque heureusement disparu, au principe de la territorialité des lois ? Non sans passion, on a même été jusqu'à dire qu'on pouvait y voir une « prostitution de la loi française » au profit d'étrangers venus solliciter la protection de la loi française (3).

Enfin, outre cette réfutation de la thèse de l'acceptation, on a fait valoir combien il serait illogique d'appliquer à un individu un régime juridique que sa législation personnelle ignore ; qu'au surplus, la loi ainsi déclarée compétente contiendra parfois des dispositions que cet individu ne tient pas du tout à se voir imposer.

(1) *Cl.*, 1912, p. 1009.

(2) J'aime mieux, disait M. le Conseiller Denis, dans son rapport devant la Chambre des Requêtes sur l'affaire *Soulié*, la loi française que la loi étrangère.

(3) Marg. Richard-Prassinos, *op. cit.*, p. 258. Cet auteur est pourtant en définitive, partisan du renvoi.

Quoi qu'il en soit, ni l'une ni l'autre des deux argumentations n'ont paru décisives à deux auteurs contemporains, qui, avec des tendances d'ailleurs différentes, ont récemment présenté des conceptions nouvelles sur le renvoi ; et il nous faut en dire quelques mots avant de conclure.

L'un deux, M. Frankestein, dont nous avons déjà exposé la doctrine, pense, rappelons-le, que chaque individu est soumis, par nature, primordialement, à son droit national, à la formation duquel il contribue ; ce rapport de l'individu avec son droit national constitue, dit-il, un *rattachement primaire.* Mais ce droit national, droit primaire, peut décider de soumettre ses ressortissants à un autre droit : il y a dès lors un *rattachement secondaire.* Ainsi, « la capacité d'un Danois domicilié en Hollande s'apprécie primairement selon le droit danois, ce dernier étant droit national. Mais comme le droit danois déclare applicable le droit du domicile, il soumet de cette manière secondairement ses ressortissants au droit du domicile, c'est-à-dire hollandais » (1). C'est sur cette distinction que M. Frankestein base la solution du problème du renvoi ; alors que dans la doctrine classique, on place la question sur le terrain de la souveraineté et que l'on se trouve aussitôt dans le cabinet aux miroirs, puisque le droit hollandais est en l'espèce aussi souverain que le droit danois, « la nouvelle doctrine fournit immédiatement la solution. Le Danois est assujetti primairement à son droit national danois ; comme ce dernier le soumet secondairement au droit du domicile, le droit hollandais est applicable... Puisque le droit danois contient un rattachement secondaire qu'il prescrit valablement en vertu de son pouvoir juridique primaire, on doit lui obéir et appliquer définitivement le droit hollandais » (2).

Cette conception a très certainement le grand avantage, par la distinction sur laquelle elle repose, d'éviter l'objection dite du lawn-tennis. Mais comment réaliser l'accord des diverses nations sur les bases que propose M. Frankestein ?

(1) et (2) Frankestein, *op. cit.*, Rec. des Cours de La Haye, 1903, t. II, p. 290 et suivantes.

Comment obtenir que soit universellement reconnue compétente la loi nationale pour déterminer la loi interne applicable ?

Pour M. Vigny, le renvoi est un système théoriquement justifiable, mais pratiquement mauvais. Il écarte la liaison que l'on prétend établir dans la doctrine entre le problème du renvoi et le conflit des souverainetés. « Le juge saisi, dit-il, n'applique jamais la loi étrangère, n'obéit jamais au souverain pérégrin. Il prétend uniquement écouter son législateur territorial. Si parfois il paraît consulter la loi étrangère, ce n'est pas pour s'y soumettre, c'est uniquement pour préciser les ordres de son propre souverain... Il cherche à déterminer certains faits auxquels le législateur du forum, librement, exclusivement, souverainement, a attaché un droit. Il lit cette loi étrangère comme il lirait une simple affiche, sans lui reconnaître aucune valeur obligatoire. S'il s'agit de la loi interne, il sera immédiatement renseigné sur la nature des faits recherchés ; s'il doit considérer une règle de conflit, il sera renvoyé à une troisième loi qu'il lira dans le même esprit » (1).

Cette explication théorique a sans doute le mérite d'échapper à l'objection tirée du cercle vicieux. En outre, elle sauvegarde l'autorité du souverain dont dépend le tribunal saisi. Mais est-elle bien convaincante ? N'y-a-t-il pas, quoi qu'en dise M. Wigny, abdication de souveraineté, quand le juge « consulte » la troisième loi à laquelle il est renvoyé ?

Au surplus, M. Wigny pense qu'en pratique, l'acceptation du renvoi n'est pas recommandable, tant à cause des risques d'erreur qu'entraîne la consultation de textes étrangers qu'en raison de la rareté des cas dans lesquels il est possible d'aboutir à l'uniformité des décisions.

S'il nous est permis d'exprimer, après tant d'auteurs, notre opinion personnelle sur cette controverse, nous dirons qu'en théorie nous n'apercevons aucun argument décisif ni pour, ni contre la thèse de l'acceptation du renvoi. Mais, cet aspect scientifique du problème mis à part, on peut se demander s'il

(1) Pierre Wigny, *Essai sur le droit international privé américain*, p. 217 et 219.

y a une utilité quelconque à déroger, par application de la théorie du renvoi, au principe de la compétence de la loi nationale, prise comme loi de statut personnel. Autrement dit, son adoption offre-t-elle, dans la réalité, des avantages pratiques tels qu'il ne faille pas hésiter à la préconiser ? Nous ne le croyons pas.

Tout d'abord, d'un point de vue général, ce n'est pas faciliter la tâche du juge que de le contraindre à interpréter une règle étrangère de droit international privé ; cette opération est particulièrement délicate ; elle est en tout cas plus complexe que ne l'est l'application pure et simple d'un texte de droit interne. Quant à l'avantage tiré de l'uniformité des décisions, nous croyons avoir montré précédemment que, sur le terrain pratique, il est impossible d'arriver à cette parité tant souhaitée.

Plus spécialement quant aux causes de divorce et de séparation de corps, l'adoption de la théorie du renvoi ne nous paraît pas utile.

En effet, à supposer que le tribunal saisi d'une demande en divorce statue d'après la loi nationale interne des époux son jugement ne sera certainement pas méconnu dans le pays d'origine ; car si les époux y avaient été domiciliés, les tribunaux de ce pays auraient statué de même. Au contraire, si le même tribunal accepte le renvoi que contient la règle étrangère de conflit, il n'est pas dit que son jugement soit reconnu dans le pays d'origine, et cela pour deux raisons.

D'abord pour des raisons d'ordre public. Il arrive en effet que le droit du pays auquel ressortissent les époux contienne une double règle, l'une de droit international privé, qui renvoie pour l'état et la capacité des personnes à la loi du domicile, l'autre de droit interne, qui prohibe ou restreint la faculté de divorcer. Ne peut-on pas se demander, dès lors quelle sera, dans le pays d'origine, la valeur de la décision par laquelle un tribunal étranger, mettant en œuvre la théorie du renvoi, aurait prononcé le divorce conformément à sa loi propre, nonobstant la prohibition édictée, en droit interne, par la loi nationale des époux ? Puisque, dans cette matière, la loi nationale attache

à ses propres dispositions le caractère impératif de loi d'ordre public, la décision rendue à l'étranger conformément à la loi du domicile, ne risque-t-elle pas, quand son exécution sera réclamée dans le pays d'origine, d'y être méconnue, comme incompatible avec une disposition obligatoire de la loi nationale ? Ce conflit, qui naît de l'acceptation du renvoi a été aperçu, nous l'avons relevé précédemment, par le tribunal de la Seine, dans l'affaire *Mac Bride* ; et c'est le motif pour lequel les juges, désireux d'assurer à leur décision une portée internationale, ont refusé d'accepter, en l'espèce, le renvoi de la loi irlandaise à la loi française. Par contre, dans l'affaire *Rocholl* où il s'agissait d'un divorce entre Argentins, le même tribunal a prononcé le divorce, conformément à la loi française, loi de renvoi, sans se préoccuper du sort de sa décision dans la République Argentine. Cette première considération tirée de l'ordre public nous incline à penser qu'il n'y a pas lieu, à l'occasion des instances en divorce, de faire place à la théorie du renvoi (1).

Mais ce n'est pas tout. Nous inquiétant toujours de la portée internationale des jugements, nous constatons encore que la décision rendue conformément à la théorie du renvoi, suivant les règles de la loi du domicile, pourra se heurter dans le pays d'origine à la conception que l'on s'y fait du domicile. Il existe, en effet, à cet égard, des divergences telles que l'on ne peut garantir d'avance l'efficacité, dans le pays d'origine des époux, du jugement ainsi prononcé. Le ménage étranger, considéré par le tribunal français comme domicilié en France, pourra être tenu, dans son pays d'origine, par exemple en Angleterre ou aux Etats-Unis, comme ayant conservé son domicile anglais ou américain. Le jugement rendu en France conformément à la loi française sera dépourvu de toute autorité ; car le juge du pays d'origine, requis de donner effet à cette décision, estimera que la loi applicable était non pas la loi française, mais la loi anglaise ou encore la loi américaine. En outre, il arrive que la

(1) V. Potu, *op. cit.*, p. 251 et s. — Nous avons noté, *supra*, p. 115, la préoccupation qu'ont les tribunaux suisses de ne pas prononcer un divorce pour une cause ignorée de la législation qui régit les époux.

loi nationale des conjoints autorise la femme à avoir un domicile distinct de celui de son époux ; et l'on risque, si l'on accepte le renvoi, de voir la décision méconnue dans le pays d'origine. Ainsi à supposer qu'un mari originaire de l'Etat de Kentucky, domicilié en France, demande le divorce contre son épouse, le tribunal français, par application de la loi française, admettra que le domicile conjugal se trouve fixé en France, puisque l'article 108 du Code civil assigne à la femme le domicile de son mari. Si la femme a conservé son domicile dans l'Etat précité, ou dans un Etat qui reconnaît à la femme un domicile distinct, quelle sera, dans ce cas, la valeur aux Etats-Unis du jugement de divorce rendu par le tribunal français ? Aurait-il fallu que, dans cette hypothèse, le tribunal français fît application simultanée de la loi française en tant que loi du statut personnel du mari déterminé par la loi du domicile, et de la loi de l'Etat de Kentucky, loi de statut personnel de la femme, et donnât ainsi compétence à la plus restrictive des deux lois ? Ce problème ne paraît pas avoir été résolu dans la pratique. En tout cas il soulève de graves difficultés, qui disparaissent si l'on rejette le renvoi.

Telles sont les raisons pratiques, tirées de la nécessité primordiale d'assurer aux jugements une portée internationale, qui nous amènent à conclure au rejet du renvoi en matière de dissolution du mariage.

Il n'y a pas lieu, croyons-nous, de déroger, en vertu du renvoi, à la loi nationale des conjoints ; un jugement rendu suivant cette dernière ne pourra pas ne pas être reconnu dans le pays d'origine. Pourquoi, dès lors, courir le risque, en acceptant le renvoi, de rendre une décision dont l'efficacité pourra se heurter soit à la notion si imprécise de l'ordre public, soit à celle encore bien indéterminée du domicile ?

CHAPITRE II

L'ORDRE PUBLIC COMME CAUSE DE DÉROGATION A LA LOI NATIONALE DES CONJOINTS

L'application de la loi nationale des conjoints à leur divorce ou à leur séparation de corps est souvent limitée en pays étrangers par la notion d'ordre public, notion vague, fuyante, mais que l'on retrouve dans tous les pays.

Aussi notre premier soin sera-t-il d'examiner d'un point de vue critique les arguments qui ont été présentés tant en France qu'à l'étranger pour en justifier le bien-fondé ; ayant ainsi précisé le fondement de l'ordre public, nous serons appelés à en déterminer corrélativement le domaine et à rapprocher sur ce point encore les conceptions des auteurs. Cette synthèse doctrinale qui aura nécessairement un caractère général fera l'objet de notre première section.

Ce travail préalable nous permettra alors d'examiner en pleine connaissance de cause comment l'ordre public vient, en matière de divorce et de séparation de corps, limiter l'application de la loi nationale. Cette intervention se place à deux moments. C'est tout d'abord au moment du prononcé du divorce ou de la séparation de corps ; il arrive que le droit au divorce, qui appartient à un ménage d'après la loi nationale, ne puisse pas être mis en œuvre dans un autre pays parce qu'il heurte l'ordre public de ce pays. Mais ce n'est pas tout, car il n'est pas rare que des époux ayant obtenu un jugement régulier dans leur pays d'origine ou dans un pays tiers, désirent faire produire à cette décision certains effets.

C'est à cet autre moment que, parfois, la notion d'ordre public interviendra à nouveau et s'opposera, dans une mesure plus ou moins grande, à ce qu'il soit fait droit aux prétentions des époux. Nous consacrerons aux dérogations ainsi apportées à la loi nationale par des considérations d'ordre public deux sections. Cela fait, il nous appartiendra de formuler quelques critiques et d'envisager s'il n'y aurait pas lieu d'apporter à l'application de cette notion certaines limitations, en vue sinon de supprimer les errements auxquels elle conduit, du moins de les restreindre pour une large part.

Section I.

Les Doctrines en France et à l'étranger.

« L'ordre public est une énigme ». C'est ainsi que s'exprimait M. Bartin, il y a quelque trente ans, dans les *Etudes* qu'il a consacrées au droit internationale privé (1). On pourrait être porté à croire que cette opinion n'a plus cours aujourd'hui et que la doctrine, à force d'analyse, est parvenue depuis cette époque lointaine, à préciser d'une façon satisfaisante l'origine et la portée du principe d'ordre public. Il n'en est rien cependant ; bien au contraire et plus que jamais, la notion est vague, indéfinie, variable ; et d'aucuns pensent que, d'énigme, « le problème de l'ordre public est devenu un véritable cauchemar » (2) et « constitue une des grandes calamités du droit international privé » (3).

Quelques exemples, que nous puiserons tout naturellement dans la matière du divorce, montreront mieux que toute autre méthode le caractère instable, et dans l'espace et dans le temps, de la notion d'ordre public. On sait que le divorce n'a été rétabli en France que par la loi du 27 juillet 1884 ; avant cette date,

(1) Bartin, *Etudes*, p. 210.
(2) Gutzwiller, *op. cit.* Recueil des cours de La Haye, 1929, t. IV, p. 373.
(3) Frankenstein, *op. cit.* Recueil des cours de La Haye, 1930, t. III, p. 323.

les tribunaux français refusaient d'appliquer à des étrangers, en matière de divorce, leur loi nationale, compétente cependant en vertu du système même de droit international privé adopté par la jurisprudence française. Dès la promulgation de la loi, du jour au lendemain, les étrangers ont été admis à divorcer en France ; ainsi les raisons d'ordre public qui étaient encore bonnes la veille pour expliquer l'irrecevabilité de la demande, sont devenues mauvaises et ont été reniées. Est-ce à dire que la difficulté a disparu ? Non, elle s'est simplement déplacée : le droit au divorce n'est plus contesté, mais certaines causes de divorce admises par la loi nationale des parties en cause ne seront cependant jamais prises en considération par les juges français, parce que l'ordre public s'y oppose. Il y a, comme le dit très justement M. Bartin, une différence d'amplitude (1). Voilà pour les variations dans le temps.

Le problème des effets internationaux des jugements de divorce va nous permettre, toujours par voie d'exemple, de montrer comment cette même notion varie dans l'espace. Plusieurs pays, soumis à une influence culturelle profondément enracinée, persistent à considérer le mariage comme indissoluble ; on pourrait être tenté de croire qu'ils vont uniformément adopter la même ligne de conduite à l'égard des décisions étrangères de divorce. Il faut renoncer à cet espoir. Supposons qu'un Français ait régulièrement obtenu un jugement de divorce en France ; le voici parti pour le Brésil ; il ne pourra y épouser une Brésilienne. Il va en Italie : rien ne s'oppose à ce qu'il épouse une Italienne. N'est-ce pas là un exemple frappant des variations que subit l'ordre public dans l'espace ? Et pourtant, dans le cas étudié, il s'agissait de deux pays soumis l'un et l'autre à une législation d'inspiration catholique et hostile au divorce. Cette divergence résulte du caractère essentiellement local, c'est-à-dire national, de la notion d'ordre public.

Aussi comprend-on sans peine les difficultés que les auteurs éprouvent quand ils proposent d'édifier une théorie générale

(1) Bartin, *Principes*, t. I, p. 242.

de l'ordre public et de rechercher un critérium qui permettrait de reconnaître avec certitude les lois d'ordre public. Assurément ils ont bien tous le sentiment qu'il existe dans chaque Etat une notion qui autorise le souverain territorial à refuser l'accès de son territoire à certaines lois étrangères qui lui paraissent dangereuses pour la morale, la sécurité ou le bon gouvernement de son territoire, et à imposer corrélativement à tous les individus qui y séjournent les règlements que lui, souverain territorial, considère comme seuls applicables chez lui.

Mais si les auteurs sont tous d'accord sur l'existence même du principe de l'ordre public, ils expriment, par contre, les opinions les plus diverses, quand il s'agit de synthétiser les éléments que leur livre l'analyse, et d'en tirer une règle de portée générale, d'application universelle. « On peut dire, écrit M. Healy, à propos de ces divergences, qu'il y a autant d'opinions que d'auteurs qui ont traité ce sujet. Et même on peut dire que, parmi les auteurs qui ont écrit des ouvrages sur cette question à différentes époques de leur carrière, il y en a qui ont entièrement changé d'opinion » (1).

Certains auteurs n'hésitent pas à considérer le problème comme insoluble et à déclarer qu'il ne sera jamais possible de faire de l'ordre public une chose fixe et définie (2). C'est d'ailleurs la solution à laquelle ont dû se rallier les délégués aux diverses conférences de la Haye et les membres de l'Institut de Droit international lors de la session tenue à Paris en 1910 (3).

Si l'on veut essayer de donner une définition approximative on peut dire que le principe d'ordre public s'oppose à celui de l'autonomie de la volonté, en ce sens que les individus ne peuvent se soustraire à l'application des dispositions d'ordre public.

(1) Healy, *Théorie générale de l'ordre public.* Recueil des cours de La Haye, 1929, t. IV, p. 412.

(2) V. notamment Healy, *eod. loc.*, p. 445 : Fedozzi, *Cl.*, 1897, p. 72 ; Buzzatti, *Annuaire de l'Institut de D. I.*, 1910, p. 462.

(3) V. Hans Lewald, *La réglementation internationale de l'ordre public sur le terrain des traités internationaux. Rev.*, 1928, p. 149 à 167. Cet auteur conclut : « Je crois qu'il n'existe aucune formule d'une validité générale pour neutraliser l'ordre public et que nous devons nous contenter de valeurs approximatives. »

On fera donc rentrer dans les lois d'ordre public ainsi comprises toutes les lois sur l'état et la capacité des personnes, car il n'appartient certainement pas aux individus de déroger en cette matière aux prescriptions légales.

Mais parmi les lois d'ordre public ainsi définies, il faut distinguer, d'une part, celles qui ne s'imposent qu'aux citoyens et qu'on appelle généralement *lois d'ordre public interne*, d'autre part, celles qui s'imposent même aux étrangers résidant sur le territoire et qu'on qualifie *lois d'ordre public international.* A la vérité, cette distinction a été contestée par certains auteurs (1), pour lesquels il ne pourrait y avoir dans un pays donné qu'une notion unique de l'ordre public. Suivant leur conception, une loi d'ordre public comporte, par définition, une application générale sur le territoire ; on ne peut donc qualifier d'ordre public que les lois dont l'observance est imposée même aux étrangers dans les limites des frontières ; et les lois dites *d'ordre public interne* sont simplement des *lois impératives pour les seuls nationaux*, d'où il suit qu'elles n'ont pas de portée générale et ne *doivent pas être qualifiées lois d'ordre public.* C'est par suite d'une rédaction à leur avis défectueuse de l'article 6 du Code civil que l'on a été amené à considérer comme synonymes les termes « lois impératives » et « lois d'ordre public ».

Il nous semble qu'il s'agit là bien plutôt d'une simple question de terminologie. Il ne nous paraît pas douteux que dans le langage du Code civil comme dans le langage commun, les lois d'ordre public comprennent toutes les dispositions légales, impératives, prohibitives ou même simplement permissives, auxquelles on ne peut déroger par convention. Mais ces lois n'ont pas toutes une portée générale : et suivant le cercle auquel elles s'appliquent, on est amené à distinguer deux catégories : les unes sont des lois générales d'ordre public et s'appliquent par conséquent même aux étrangers ; les autres, s'adressant spécialement aux ressortissants de l'Etat, n'ont pas ce caractère général. Et c'est à cette distinction que correspondent respec-

(1) V. Pillet, *Principes*, n° 200, p. 395.— Niboyet, *Manuel*, n° 443, p. 547.— Caleb, *Principes de l'autonomie de la volonté en droit international privé*, p. 67.

tivement les deux termes usités en doctrine et en jurisprudence : ordre public interne et ordre public international. Il va de soi que les lois d'ordre public international sont aussi d'ordre public interne, puisqu'elles s'imposent à tout le monde : mais la réciproque n'est pas vraie. On pourrait donc figurer schématiquement ces deux sortes de lois d'ordre public par deux cercles concentriques dont le plus petit serait celui des lois d'ordre public international (1).

Ainsi, la prohibition du divorce par consentement mutuel s'impose en France à toute personne, même aux étrangers dont la loi nationale l'admet ; c'est une règle d'ordre public international. Au contraire le droit de divorcer pour sévices et injures graves est bien d'ordre public interne, car les Français ne peuvent y renoncer par convention ; mais cette disposition d'ordre public ne prévaudra pas sur la loi nationale d'époux Italiens, qui leur défend de divorcer ; ce n'est donc pas une disposition d'ordre public international.

A cette terminologie, on propose d'en substituer une autre et de dire : la loi qui prohibe le divorce par consentement mutuel est d'ordre public en France ; la loi qui autorise le divorce pour sévices et injures graves est une loi impérative. Qui ne voit que cette terminologie est défectueuse tout au moins dans une de ses parties ? La loi qui permet de divorcer pour certaines causes a le caractère non pas impératif, mais simplement permissif.

Nous considérons donc comme parfaitement fondée la distinction habituellement admise entre ordre public interne et ordre public international, et nous ne sommes nullement choqués à la pensée que dans un pays donné « il y ait deux services d'ordre, l'un très strict à l'égard des nationaux, l'autre plus réduit à l'usage des étrangers » (2).

La seule critique qu'on puisse adresser aux expressions couramment adoptées est qu'elles ne traduisent peut-être pas très

(1) Comparaison empruntée au cours de droit international privé professé par M. Gaudemet à Strasbourg en 1926-1927.

(2) Niboyet, *Manuel*, n° 443, p. 550.

bien ce qu'elles veulent dire. Spécialement l'expression *ordre public international* a souvent été critiquée, non sans motif. Elle pourrait faire croire qu'il existe « une notion d'ordre public partout identique à elle-même en quelque pays qu'on se place pour en déterminer le contenu » (1). Or, comme nous l'avons déjà montré, la notion d'ordre public est très diverse suivant les pays ; il y a un ordre public français, un ordre public italien, un ordre public allemand et ainsi de suite, de sorte qu'il n'y a pas un ordre public international, mais des ordres publics internationaux, autant que de pays. L'expression ordre public international n'est en réalité qu'une expression elliptique désignant dans chaque pays, la position des lois d'ordre public, suivant la conception nationale, dont le souverain impose l'application aux relations internationales avec les étrangers qui résident sur son territoire.

Ayant ainsi isolé la notion d'ordre public international, la seule qui nous intéresse ici (2), nous allons maintenant examiner quelle est sa nature juridique et quel est son domaine.

I. — *Nature juridique de l'ordre public international.*

Les auteurs de droit international privé, qui ont cherché à préciser la nature juridique de l'ordre public, sont loin d'être d'accord sur cette question, qui présente d'ailleurs un intérêt plus théorique que pratique.

Nous avons vu en examinant précédemment la théorie du but social de Pillet que cet auteur distingue, d'après leur but, deux catégories de lois : les unes, ne pouvant atteindre leur but que si elles s'appliquent à tous sur un territoire donné, sont générales et n'ont sur le plan international qu'une portée territoriale ; les autres ne peuvent atteindre leur but que si elles s'imposent

(1) Bartin, *Principes*, t. I, p. 269. — Comp. P. Louis Lucas, *Semaine juridique*, 1929, p. 1043 qui propose de substituer aux appellations courantes celles d'ordre public spécial et d'ordre public général. Lainé, *Rev. crit.*, 1900, p. 354-355 avait proposé les expressions ordre public relatif et ordre public absolu.

(2) Dans la suite de nos développements, les mots *ordre public* seront employés dans le sens d'*ordre public international*.

à certains individus d'une façon continue ; elles doivent donc être à la fois permanentes et extraterritoriales.

Pillet fait cadrer avec cette distinction sa théorie sur la nature juridique de l'ordre public (1). Analysant le caractère des lois d'ordre public, il est amené à constater qu'elles doivent, pour remplir leur but, s'appliquer à tous, même aux étrangers, sur un territoire déterminé. Or c'est là précisément le cas des lois générales, d'où il suit qu'il y a, selon lui, identité entre les lois d'ordre public et les lois générales. De cette identité, Pillet tire cette conséquence que la compétence des lois d'ordre public est absolument normale, qu'il n'y a nullement élimination exceptionnelle de la loi étrangère et qu'il n'y a donc pas lieu de chercher à justifier une compétence prétendue exceptionnelle de la loi d'ordre public.

Cette théorie a l'inconvénient de faire de l'ordre public une notion trop étendue à certains égards, si bien qu'elle apparaît parfois comme inutile. Il en est ainsi notamment en ce qui concerne la législation sur les biens ; de telles lois sont certainement générales et territoriales en raison même de la situation des biens ; on ne voit pas pourquoi faire encore appel à la notion d'ordre public. Sur d'autres points, la théorie est insuffisante ; les lois concernant l'état et la capacité sont, en raison de leur but social, qualifiées par Pillet lois permanentes, donc extraterritoriales. Comment expliquer dès lors, que des lois d'ordre public, c'est-à-dire des lois générales et essentiellement territoriales puissent dans certains cas les évincer ? Le système de Pillet est impuissant à justifier cette compétence qui est très certainement anormale.

C'est pourquoi un groupe d'auteurs dénie à la loi d'ordre public toute compétence normale et lui assigne, au contraire, une compétence exceptionnelle : mais s'ils sont d'accord sur ce principe, ils fondent, par contre, leur opinion sur des considérations d'ordre différent.

Parmi ces systèmes, il y en a un où la notion d'ordre public

(1) Pillet, *Principes*, nos 182 et suiv.

est présentée comme une exception sans en être une en réalité ; c'est le système défendu par Weiss (1) et par les auteurs de l'école de Mancini. On se rappelle que cette école adopte comme principe général la compétence de la loi nationale, mais y apporte trois exceptions : autonomie de la volonté, forme des actes et ordre public international. Or dans cette troisième exception, on fait entrer toutes les lois territoriales, y compris notamment celles qui déterminent le régime des biens (2), c'est-à-dire une matière dans laquelle une loi étrangère ne peut pas être normalement compétente ; de sorte que, dans ce système, la notion d'ordre public prétendue exceptionnelle a le même contenu que dans le système de Pillet qui lui attribue la valeur d'un principe.

D'autres auteurs, au contraire, attribuent à l'ordre public un rôle véritablement exceptionnel consistant en ce que la loi du for est exceptionnellement substituée à une loi étrangère normalement compétente.

Il en est ainsi dans le système de Savigny, qui justifie le caractère exceptionnel de l'ordre public par un manque de communauté juridique entre les Etats ; quand cette communauté juridique est en défaut, la loi étrangère ne peut plus recevoir application, et on doit y substituer la loi locale (3). Ce système a été repris en France par M. Bartin (4), qui subordonne l'application d'une loi étrangère dans un pays donné à l'existence préalable d'une communauté internationale basée sur une égalité de civilisation entre les deux Etats intéressés, et sur un système analogue de solution des conflits de lois ; d'où il résulte que, si la loi étrangère est incompatible avec la conception du droit dans le pays où son application est réclamée, la loi territoriale lui sera à titre exceptionnel substituée.

Ces deux premières théories, séduisantes par leur construction, se heurtent à une grave objection tirée de la réalité : il est, en

(1) Weiss, *Traité*, 2e éd., t. III, p. 94 et suiv.
(2) Weiss, *Traité*, t. III, p. 103.
(3) Savigny, *op. cit.*, t. VIII, n° 349.
(4) Bartin, *Etudes*, p. 189 et suiv.

effet, bien des cas dans lesquels il y a communauté juridique ou égalité de civilisation entre Etats et dans lesquels cependant la loi nationale étrangère normalement compétente est éliminée au profit de la loi territoriale. Personne ne contestera qu'il y ait égalité de civilisation entre la France et l'Italie ; et pourtant ce dernier pays refusera l'hospitalité aux lois françaises sur le divorce ; cette prohibition d'ordre public repose donc sur autre chose que sur une inégalité de civilisation.

Le système de M. Niboyet, qui, comme les précédents, attribue à l'ordre public un caractère exceptionnel, échappe à cette critique. Raisonnant sur des pays par hypothèse également civilisés, cet auteur subordonne l'application d'une loi étrangère à l'existence entre ceux-ci, *sur chaque point envisagé*, d'un *minimum d'équivalence* des législations. Quand il n'y a plus ce minimum d'équivalence juridique, on fait appel à un remède, l'ordre public, pour éluder les dispositions de la loi étrangère, normalement compétente, mais dont l'observance heurterait les conceptions du pays dans lequel son application est sollicitée.

Bien que cette explication soit plus satisfaisante que les précédentes, nous ne croyons pas cependant devoir lui donner notre adhésion, car elle encourt, à notre avis, une critique qui, d'ailleurs, ne lui est pas spéciale, mais s'adresse à tous les systèmes qui tiennent l'intervention de l'ordre public pour exceptionnelle. Contrairement à ce que soutiennent les auteurs qui défendent ces systèmes, il n'est pas vrai de dire que l'ordre public réside toujours dans la substitution exceptionnelle de la *lex fori* à la loi étrangère : certaines lois sont en effet d'ordre public, sans qu'on ait jamais songé à faire une application quelconque de la loi étrangère ; il en est ainsi notamment des lois de police et de sûreté et des lois pénales.

Nous pensons bien plutôt que les lois d'ordre public correspondent essentiellement aux lois dont le but est d'assurer la police, au sens très général du mot, c'est-à-dire la sécurité, matérielle et morale, et les bonnes mœurs.

Mais pratiquement, dans la réalité, cette notion de police, qui est à la base de toutes les lois d'ordre public, est susceptible

de plus ou moins d'extension. Certaines lois d'ordre public ont un caractère général et territorial incontesté, et ne se trouvent jamais en conflit avec une loi étrangère ; ainsi en est-il, par exemple des lois pénales. D'autres, au contraire, dont le caractère d'ordre public est plus discutable, entrent en conflit avec des lois étrangères normalement compétentes et en limitent l'application sur le territoire. Telle est, notamment, la règle qui, dans un pays donné, interdit le divorce, et que l'on substitue, à tort ou à raison, à une loi étrangère qui l'admet et qui normalement devrait être appliquée à un ménage étranger. On peut dire que les lois d'ordre public international ont, les unes une compétence normale, les autres une compétence exceptionnelle.

Une distinction toute voisine a déjà été indiquée par M. Frankenstein : « Un seul principe scientifique international, dit-il, peut être établi : il y a deux espèces fondamentalement différentes d'ordre public et qui ne présentent que peu de traits communs. Je les ai nommés l'*ordre public absolu* et l'*ordre public relatif* » (1). Ce que cet auteur appelle *lois d'ordre public absolu* correspond à peu près à ce que nous appellerions lois d'ordre public international à compétence normale. A notre avis, il en étend trop le champ, puisqu'il y comprend toutes les lois protégeant les institutions territoriales ; et sur ce point sa doctrine se rapproche de celle de Pillet. Mais ce qu'il dénomme *lois d'ordre public relatif* désigne précisément ces lois du for que les tribunaux des pays substituent à une loi étrangère « dont les dispositions, dit-il, sont incompatibles avec les conceptions nationales » ; c'est précisément ce que nous appellerions lois d'ordre public international à compétence exceptionnelle.

S'il est assez facile de déterminer la consistance des lois d'ordre public à compétence normale, il est, au contraire, à peu près impossible de circonscrire par une formule ces empiétements de l'ordre public sur le domaine normal d'application des lois étrangères. C'est ce que nous voudrions maintenant expliquer en

(1) Frankenstein, Conf. de La Haye, 1930, III, p. 322. *Internationales Privatrecht*, t. I, p. 192 et s.

exposant combien demeurent incertaines les limites de son domaine.

II. — *Domaine de l'ordre public.*

Il est relativement aisé, avons-nous dit, de préciser et de limiter le domaine de l'ordre public international normal ; à notre avis, il faut entendre par là, en principe, toutes les lois du droit public, tout ce qui a rapport directement avec l'administration et la sécurité de l'Etat proprement dit. On serait tenté, après avoir ainsi assimilé ordre public international normal et droit public, de poursuivre cette méthode et de faire pareillement coïncider ordre public international exceptionnel et droit privé. Cette thèse, qui serait séduisante, ne nous paraît pas cependant pouvoir être soutenue : car il est au moins une matière du droit privé, celle de la responsabilité délictuelle, dans laquelle on n'a jamais songé à l'application de la loi étrangère et qui, de ce fait, rentre incontestablement dans le domaine de l'ordre public international normal. Mais ceci dit, toutes les fois qu'en matière de droit privé, la loi territoriale se substitue à la loi étrangère, il y a, à notre avis, empiètement soit sur l'autonomie de la volonté, soit sur le droit des personnes ; il en résulte qu'il n'y a plus que compétence exceptionnelle de la loi d'ordre public international. Il en est ainsi quand le législateur subordonne la constitution régulière d'une société anonyme en territoire français à l'observance des prescriptions qu'édicte la loi française ; rationnellement on pourrait très bien concevoir, puisque nous sommes en matière contractuelle, la compétence d'une législation étrangère ; mais exceptionnellement, en vertu d'une idée de police ou plus exactement, en l'espèce, de protection des tiers, l'ordre public vient mettre un frein à l'autonomie de la volonté ; et c'est là une intervention qui, à beaucoup de points de vue, se défend.

Il n'en va pas de même, à notre avis, des empiètements de l'ordre public international sur le domaine de droit des personnes et plus particulièrement du droit de la famille. Les lois françaises sur le droit de famille sont faites pour des familles

françaises ; et on ne voit pas comment on peut rationnellement les imposer à des familles étrangères pour qui elles ne sont pas faites. On vient nous dire que l'ordre public français serait troublé par le prononcé en France d'un divorce entre étrangers par consentement mutuel ou pour aliénation mentale d'un des époux et que seule pourra être retenue la cause étrangère de divorce admise par la loi française. C'est là un usage abusif de la notion d'ordre public. On peut dire avec M. Frankenstein qu'elle constitue un pseudo-rattachement et que l'on quitte la sphère du droit pour entrer dans le domaine de la force (1).

Rationnellement, cet empiètement est injustifiable. En fait, il existe plus ou moins dans tous les pays, au point que la convention de la Haye sur le divorce a dû en tenir compte en autorisant les pays signataires à exiger l'existence du droit au divorce et d'une cause de divorce à la fois dans la loi nationale et dans la *lex fori* (2).

En présence de cette situation irrationnelle de fait, on peut se demander si, pratiquement, il est au moins possible de préciser d'une façon uniforme dans quelle mesure la loi nationale étrangère normalement compétente peut être supplantée exceptionnellement par la loi territoriale. Nous ne le croyons pas ; si l'on peut, en effet, circonscrire l'ordre public à compétence normale, dont le contenu se limite essentiellement aux cas dans lesquels il ne peut même pas être question de l'application éventuelle d'une loi étrangère, il paraît à peu près impossible de fixer des bornes au domaine de l'ordre public à compétence exceptionnelle, car sa détermination est avant tout subjective ; sa mise en œuvre est nécessairement le résultat d'une analyse comparative des dispositions de la loi étrangère par rapport aux

(1) V. *supra*, chap. I, sect. I, n° 4, p. 34.

(2) V. les textes des art. 1 à 3, *supra*, p. 56-57.... Dans l'art. précité qu'il a publié dans la *Rev.*, 1928, p. 149 et s., M. Hans Lewald fait une remarque très juste sur la nature des dérogations que l'on insère, touchant l'ordre public, dans les traités internationaux de droit privé : « Ces articles, au point de vue de leur contenu, *ne sont pas*, dit-il, *des règles de conflit* ; *ce sont des règles de blanc seing*, qui circonscrivent le seul domaine où l'ordre public des Etats contractants puisse former opposition contre l'application de la loi normalement compétente » (p. 166).

dispositions correspondantes du droit national ; et il s'y mêle nécessairement un élément sentimental (1) qui échappe à tout endiguement scientifique. « Pour une appréciation scientifique, dit M. Frankenstein, il existe aussi peu de mesures communes qu'en des questions de goût artistique ou de sentiment éthique (2) ».

Aussi s'explique-t-on le caractère variable, insaisissable de cette partie de l'ordre public international. Il est variable, avons-nous déjà dit, dans le temps ; la législation espagnole, qui récemment encore prohibait pour des raisons d'ordre public le divorce, le permet aujourd'hui et même l'impose, comme nous le verrons, au conjoint Italien d'une femme Espagnole. Indépendamment de toute évolution législative, les tribunaux italiens délivrent actuellement l'exequatur aux jugements étrangers prononçant le divorce entre étrangers, et reviennent ainsi sur leur jurisprudence d'antan.

Nous ne voulons voir de meilleure preuve de sa variation dans l'espace que l'existence en France d'un principe de laïcité, dont l'application erronée et abusive compromet la valeur de la jurisprudence française dans la matière des divorces confessionnels (3), et à l'inverse, en Autriche et dans d'autres pays, le maintien de principes religieux, qui sont autant d'obstacles au prononcé et

(1) Aubry, *De la notion de territorialité en droit international privé, Cl.*, 1902, p. 239.

(2) Frankenstein, *Cours de La Haye*, 1930, III, p. 323. Cette incertitude des limites de l'o. p. international, qui nous paraît fort dangereuse pour la sécurité du droit, a parfois été présentée comme une chose avantageuse et même indispensable. L'ordre public, lisons-nous sous la plume d'un auteur anonyme, est une ligne de défense avancée, un réseau flottant, souple et élastique, qui protège l'Etat territorial contre les effets fâcheux de certaines dispositions des lois étrangères dont il reconnaît en principe la compétence. Cette ligne de défense mobile sera d'autant plus agissante que la ligne de défense fixe sera moins resserrée. Si l'Etat territorial consacre le système de la personnalité des lois, l'ordre public apparaîtra comme un correctif indispensable et prendra un développement considérable. Il est d'ailleurs impossible de le définir et de l'enserrer dans une formule précise, son objet étant de parer à l'imprévu, et ses applications variables à l'infini. Elles ne peuvent être que l'œuvre de la jurisprudence » (X..., *La dénonciation des Conventions de La Haye* du 12 juin 1902, *Revue*, 1914, p. 367).

(3) V. *supra*, chap. I, sect. III, p. 63.

à la reconnaissance internationale des jugements de divorce.

Que la jurisprudence évolue, soit indécise, passe encore ; les décisions qui la constituent ne sont rendues ni par les mêmes tribunaux, ni par les mêmes juges. Mais les conceptions individuelles elles-mêmes ne sont pas toujours nettes ; les auteurs se dédisent soit dans le temps, soit même à quelques lignes de distance. Nous lisons par exemple dans le *Manuel* de M. Niboyet, n° 638, p. 746 : « Il n'est certes pas possible que nos tribunaux prononcent un divorce entre étrangers pour aliénation mentale ou impuissance » ; et quelques lignes plus bas : « Le divorce par consentement mutuel ou pour prodigalité est prohibé en France pour des raisons sans doute justifiées, mais celles-ci ne concernent que la famille française ». Ces deux passages nous paraissent inconciliables : si la prohibition du divorce pour aliénation mentale s'impose en France même aux étrangers comme prohibition d'ordre public, *a fortiori* doit-il en être de même de la prohibition du divorce par consentement mutuel. Or M. Niboyet semble bien admettre le contraire, excluant toutefois à la page suivante la possibilité d'admettre en France entre Russes le divorce par répudiation unilatérale » parce que, dit-il, tous les sentiments de décence sociale sont en sens contraire ».

Enfin le contenu de l'ordre public international à compétence exceptionnelle varie dans un même pays, suivant qu'il s'agit d'appliquer par voie directe ou par voie indirecte la loi étrangère normalement compétente. Ainsi les tribunaux français refusent de prononcer entre époux belges un divorce par consentement mutuel ; mais ils ne s'opposent pas à donner effet, en France à un tel divorce prononcé préalablement, soit en Belgique, soit dans un pays qui admet le divorce par consentement mutuel. La prohibition change donc de nature, puisque, dans le premier cas, les tribunaux l'appliquent strictement et que, dans le second cas, ils n'en tiennent plus aucun compte. M. Bartin conclut de là que l'on donne à une même question deux solutions contradictoires ; et il condense sa pensée dans cette formule saisissante : « Prononcer lui-même le divorce, il (le juge français) ne le peut ; accepter les conséquences du divorce que la juridiction étrangère

a prononcé, il le doit » (1). M. Bartin voit là une véritable contradiction ; est-elle plus apparente que réelle ? C'est ce que nous seront amenés à examiner aux termes de nos développements sur l'ordre public (2), après avoir recherché dans les documents de la pratique judiciaire française et étrangère dans quelle mesure on fait intervenir l'ordre public, soit pour prononcer le divorce ou la séparation de corps, soit pour donner effet à des décisions étrangères rendues en cette matière. Qu'il nous soit permis toutefois, avant d'entamer cet exposé, de dissiper la confusion que l'on fait trop fréquemment, en doctrine comme en jurisprudence, entre les questions d'ordre public et celles de statut personnel. Quand des époux Italiens demandent à un tribunal italien de reconnaître un jugement de divorce qu'ils ont obtenu à l'étranger, par exemple en Angleterre, ce tribunal refuse de leur donner satisfaction, non pas parce que la décision étrangère est contraire à l'ordre public international italien (3), mais parce que la juridiction étrangère saisie n'a pas appliqué le statut personnel des parties, statut qui prohibe le divorce. Supposons que les mêmes époux veuillent se prévaloir en France du jugement qu'ils ont obtenu en Angleterre ; le tribunal refusera pareillement de reconnaître cette décision, non pas pour des raisons d'ordre public international, mais encore une fois, parce que le statut personnel n'a pas été respecté (4).

L'ordre public international intervient dans les deux cas suivants : 1° Le tribunal d'un pays tiers est saisi d'une demande en divorce ou en séparation de corps, alors que sa législation n'admet pas le divorce ou qu'elle ignore la cause invoquée. Par exemple, une demande en divorce est formée par des étrangers en

(1) Bartin, *Principes*, t. I, p. 26.

(2) V. *infra*, sect. IV.

(3) V. pourtant en ce sens : Degand, *Répert.*, t. V, v° *Divorce et séparation de corps*, n° 119.

(4) Aussi est-ce à tort qu'un jugement de la Seine du 18 nov. 1901, voir *supra*, p. 48, note 3, a déclaré valable en France une décision allemande divorçant deux époux italiens ; en tout cas, c'était là une espèce qui soulevait une pure question de statut personnel et nullement une question d'ordre public ; V. cependant Niboyet, *Répert.*, t. X, v° *Ordre public*, n° 336.

Italie ; ou une demande de séparation de corps par consentement mutuel est formée par des étrangers en France.

2° Le tribunal d'un pays qui ne connaît pas le divorce ou qui n'admet pas certaines causes de divorce ou de séparation de corps est requis de donner effet à un jugement étranger de divorce ou de séparation de corps prononcé entre étrangers régulièrement, c'est-à-dire soit dans le pays d'origine, auquel cas la loi nationale a été nécessairement appliquée, soit dans un pays tiers dont le tribunal a observé la loi nationale des parties. Par exemple, un étranger régulièrement divorcé agit devant un tribunal brésilien en mainlevée d'une opposition qui a été formée contre son remariage au Brésil.

Telles sont exclusivement les situations qui mettent en jeu la notion d'ordre public international et dont nous allons avoir à nous occuper dans le présent chapitre.

Section II.

L'ordre public international et le prononcé du divorce et de la séparation de corps.

I. — *Analyse de la Jurisprudence francaise.*

Ainsi que nous l'avons déjà indiqué, il ne pouvait être question en France avant 1884 de prononcer le divorce entre conjoints français ; seule la séparation de corps était possible. Mais les tribunaux français, loin de conserver à cette prohibition le caractère d'ordre public interne qu'elle aurait dû avoir, en avaient fait une règle d'ordre public international et l'avaient imposée à des époux étrangers, soumis à une loi nationale permissive à cet égard et normalement compétente (1).

La loi du 27 juillet 1884, a rétabli le divorce en France. Depuis lors, il est admis que les étrangers dont le statut per-

(1) V. *Répert. Dalloz*, v° *Lois*, n° 292. — Baudry-Lacantinerie, t. IV' n° 389.

sonnel permet le divorce peuvent l'obtenir en France, mais à l'ancienne notion d'ordre public qui reposait sur l'inexistence même du droit au divorce, les tribunaux français en ont substitué une nouvelle, basée sur l'énumération limitative des causes de divorce et de séparation de corps dans les articles 230 et suivants du Code civil. Aussi, à supposer qu'un époux étranger assigne son conjoint en divorce devant un tribunal français pour incompatibilité d'humeur ou caractère ingouvernable, sa demande sera vouée à l'échec, l'ordre public international français s'opposant à ce que les juges saisis prennent en considération une cause de divorce ou de séparation de corps inconnue du droit français.

On a cependant prétendu que la jurisprudence française était divisée et que certaines décisions avaient prononcé le divorce entre époux étrangers conformément à leur loi nationale, pour des causes que n'admet pas la loi française, donc sans tenir compte de l'ordre public international français (1). C'est une opinion purement théorique ; car l'analyse des décisions citées en ce sens démontre que jamais les tribunaux français n'ont rendu le jugement de divorce ou de séparation de corps dans des conditions incompatibles avec les dispositions de la loi française.

Un premier groupe de ces décisions prononce, bien au contraire, le divorce ou la séparation de corps pour une cause admise à la fois par la loi étrangère et par la *lex fori*. Il en est ainsi dans l'arrêt de la Cour de Rouen du 30 juin 1897, prononçant la séparation de corps entre les époux *Eastabrook* pour violences graves du mari sur la personne de sa femme, cause de séparation de corps admise par la loi anglaise et par la *lex fori* (2).

(1) M. Niboyet cite en ce sens les affaires *Polanco*, *Frame*, *Sandberg* et *Chiger*. V. *Manuel*, n° 638, p. 747. — A cette liste, M. Degand ajoute les affaires *Eastabrook*, *Nardus* et *Lisiecky*. V. *Rép.*, t. V, v° *Divorce et séparation de corps*, n° 49. — Pour les références, voir les notes *infra*.

(2) *Revue*, 1906, p. 511. Le tribunal, dans cette affaire, a refusé le renvoi de la loi anglaise à la loi du domicile, qui était en l'espèce la loi française, et a par suite recherché l'existence de la cause alléguée dans la loi anglaise. Même solution dans les affaires *Frame* et *Sandberg* citées plus loin.

Le jugement de la Seine du 23 mai 1900 rendu dans une affaire *Polanco* ne retient nullement en droit le grief de prodigalité qui, en fait, n'était pas assez accentué pour motiver la séparation de corps même d'après la loi chilienne, loi nationale des époux en cause ; mais retenant l'inconduite de la femme qui constitue une injure grave tant d'après la loi française que d'après la loi chilienne, le tribunal prononce par application de la loi chilienne une séparation de corps temporaire pour 5 ans, ce qui n'a rien de contraire à l'ordre public international français (1).

La Cour de Paris retient dans son arrêt du 17 décembre 1920 les sévices dont l'un des époux s'est rendu coupable et dissout le mariage des époux Nardus, ressortissants hollandais (2).

Pareillement le jugement du Tribunal de Boulogne-sur-Mer du 14 décembre 1925 dissout le mariage des époux anglais Frame, pour adultère et sévices du mari (3).

Enfin le Tribunal des Alpes-Maritimes prononce par un jugement du 30 mai 1928 le divorce entre les époux Lisiecky pour sévices infligés par le mari à sa femme, cause prévue par la loi française et nécessairement incluse dans les dispositions très larges de la loi soviétique du 7 décembre 1921 (4).

Assurément, dans toutes ces décisions, il n'y a pas nécessairement des attendus soulignant que la cause invoquée est conforme au droit français et ne heurte par conséquent en rien la notion d'ordre public en France ; mais il est tellement évident que les sévices, l'adultère ou les injures graves admises par la loi étrangère concordent avec les dispositions correspondantes de la loi française que les juges ont estimé inutile de mentionner cette concordance ; celle-ci est implicitement sous-entendue.

On cite encore, comme ayant prononcé le divorce entre étrangers en dépit de l'ordre public international français,

(1) *Cl.*, 1900, p. 993.
(2) *Cl.*, 1921, p. 521.
(3) *Rev.*, 1926, p. 264.
(4) *Cl.*, 1929, p. 374.

un jugement du Tribunal de Boulogne-sur-Mer rendu le 5 février 1926 (1) sur une demande en divorce formée entre les époux Sandberg, de nationalité anglaise. Or il résulte de l'analyse de cette décision que le tribunal, refusant le renvoi fait par la loi anglaise, a débouté la demanderesse, motif pris de ce que, d'après le *Matrimonial Act* de 1857, l'adultère simple du mari, seule cause alléguée en l'espèce, ne constituait pas une cause de divorce (2). Il ne pouvait donc être question de soulever ici une exception tirée de l'ordre public, puisque la cause alléguée, insuffisante d'après la loi nationale des parties, aurait été certainement suffisante au regard de la loi française.

On a enfin invoqué pour établir que la jurisprudence française ne tient pas toujours compte de l'ordre public international français, une décision rendue dans l'affaire Chiger le 30 avril 1926 par la Cour d'appel de Paris (3). Cet arrêt autorise la dame Chiger à rapporter la preuve des injures graves dont son mari se serait rendu coupable envers elle.

La Cour fonde sa décision sur l'existence très certaine de cette cause de divorce dans la loi nationale des parties, en l'espèce les articles 85 et suivants du Code soviétique des lois sur le droit de la famille. L'injure grave constituant très certainement une cause de divorce au regard du droit français, il n'eût pas été nécessaire à notre avis, d'indiquer que rien ne s'opposait en France à la recevabilité de la demande d'enquête. Cependant, l'arrêt vise expressément cette circonstance dans les termes suivants « considérant que les faits allégués sont concluants et pertinents, qu'ils ne heurtent en rien les lois françaises. » On ne peut donc pas dire que, dans cette affaire, les juges français ne se soient pas inquiétés de savoir s'il n'exis-

(1) *Cl.*, 1926, p. 977. — *Revue*, 1926, p. 269.

(2) Le tribunal français a d'ailleurs, en l'espèce, mal appliqué la loi anglaise, car les circonstances aggravantes qui devaient accompagner l'adultère du mari pour qu'il y ait cause de divorce, ont été abrogées le 18 juillet 1923 par le *Matrimonial Causes Amendement Act* (13 et 14 Geo V, chapitre 19). Les juges devaient donc prononcer le divorce des époux Sandberg, pour adultère simple du mari.

(3) D. 1927.2.1 et *Revue*, 1927, p. 242.

tait pas une fin de non-recevoir tirée de l'ordre public international français.

Aucune des décisions que nous venons d'analyser ne déroge donc au principe que nous avons posé au début de cet examen jurisprudentiel : les tribunaux français estiment qu'il est contraire à l'ordre public international en France de prononcer un divorce ou une séparation de corps entre étrangers s'il n'y a pas dans l'espèce une cause admise par le droit français.

Mais si ces précédentes décisions ont pu, à tort suivant nous, prêter à discussion, il en est d'autres qui, indiscutablement, mettent en œuvre le principe que nous venons d'énoncer, et cela de deux façons.

Les unes rejettent en vertu de l'ordre public des demandes, qui sont cependant fondées sur l'existence d'une cause de divorce ou de séparation de corps admise par la loi nationale ; il en est ainsi notamment quand des époux étrangers émettent la prétention d'obtenir le divorce ou la séparation de corps par consentement mutuel (1). D'autres prononcent le divorce ou la séparation de corps en soulignant que, la cause alléguée étant admise par la loi française, rien ne s'oppose à ce que la décision soit rendue en ce sens (2).

Quid si un tribunal français est saisi d'une demande de conversion de séparation de corps en divorce, alors que la séparation a été prononcée à l'étranger ? Si le jugement étranger vise une cause que connaît la loi française, la conversion sera accordée sans difficulté (3). Et normalement elle doit être refusée dans le cas inverse ; cette solution a été consacrée très ferme-

(1) Marseille, 21 février 1902. D. 1902.2.198 et *Cl.*, 1902, p. 188. Ce jugement rejette une demande de séparation de corps ; on relève dans les motifs : « attendu que la loi française n'autorise pas la séparation par consentement mutuel et que la nullité de tout pacte de ce genre est d'ordre public ».

(2) Blois, 10 mai 1906 (*Schisgal c. Krijenwski*), *Rev.*, 1908, p. 628. — Rapprocher de ceux de l'affaire *Chiger* les attendus suivants : « attendu que la séparation de corps existe en Pologne et peut être demandée pour adultère et injures graves, que la dame K... qui ne peut invoquer devant un tribunal français que des causes de séparation admises par la loi française, peut donc valablement saisir le tribunal de céans... » (Lyon, 23 février 1887 (aff. *Fritsch*). D. 88.2.33.

(3) Seine, 13 décembre 1898 (*Péro*). *Cl.*, 1902, p. 579. — Seine, 20 juillet

ment par la jurisprudence française antérieure à la loi du 6 juin 1908 (1). Mais cette loi a modifié l'article 310 du Code civil en ce sens que le Tribunal saisi de la demande en conversion doit y faire droit, sans examiner à nouveau le fond de l'affaire si la séparation dure depuis trois ans.

C'est par application de cette disposition nouvelle que le Tribunal civil de Nice a cru devoir accorder *de plano*, à des époux ci-devant italiens naturalisés français, la conversion d'un jugement italien qui avait, plus de trois ans auparavant, prononcé entre eux la séparation de corps par consentement mutuel, alors qu'ils avaient encore la nationalité italienne (2).

La jurisprudence récente paraît être revenue sur cette interprétation et refuse, même si le délai de trois ans est écoulé, de convertir en divorce la séparation de corps prononcée à l'étranger pour une cause autre que celles des articles 231 et 232 du Code civil, notamment par consentement mutuel (3).

1920 (*Hamon*). *Rev.*, 1921, p. 77. Ces deux jugements ont d'ailleurs fait une application superfétatoire de l'ordre public, car dans la première hypothèse, la femme demanderesse, en conversion et, dans la deuxième espèce, les deux époux n'avaient jamais cessé d'être Français. Le tribunal saisi de la demande en conversion devait donc simplement examiner les décisions étrangères qui avaient été rendues conformément au statut personnel des individus en cause et, si cela n'avait pas été, refuser la conversion pour non-application du statut personnel. La notion d'ordre public international ne doit jouer que s'il s'agit d'époux tous les deux étrangers. C'est donc à tort que le tribunal de la Seine s'en est servi dans les affaires *Péro* et *Hamon*.

(1) V. en ce sens : Seine, 11 juin 1901 et Paris, 14 mai 1902 (*Sornin*). *Cl.*, 1902, p. 841. — Cour d'Amiens, 21 mars 1906 (*Tarallo*). *Rev.*, 1908.469. — Impossible de convertir en France une séparation de corps prononcée par consentement mutuel au Chili (1re espèce) ou en Italie (2e espèce).

(2) Nice, 29 mars 1909 (*Burdese-Ghigi*). *Cl.*, 1910, p. 191. *Chronique de jurisprudence en matière de droit civil*, par Gaudemet. *Rev. trim. de dr. civ.*, 1909, p. 677. — Dans une note publiée par la *Revue*, 1928, p. 328 sous Alpes-Maritimes, 25 oct. 1927, on a soutenu, que dans l'aff. *Burdese-Ghigi*, le tribunal était obligé d'accorder la conversion par application de l'article 7 de la Convention de La Haye qui l'obligeait à donner effet en France à un jugement de séparation de corps régulièrement prononcé en Italie. Mais cet article 7 n'a fait que consacrer le principe, déjà admis en France, du respect des droits internationalement acquis ; et s'il obligeait à tenir pour valable la séparation de corps prononcée en Italie pour consentement mutuel, il n'astreignait pas le tribunal français à convertir en divorce. Aussi est-ce bien par application de l'article 310 nouveau du Code civil que cette conversion a été accordée.

(3) Civ., 6 juillet 1922 (*Ferrari*), *Revue*, 1922-1923, p. 444. — Paris, 11 juin 1930 (*Petit-Gax*). *Revue*, 1930, p. 680.

Si les tribunaux français considèrent comme d'ordre public international les limitations apportées par la loi française aux causes de divorce, la même solution, semble-t-il, devrait prévaloir, quant au délai d'épreuve auquel l'article 310 du Code civil subordonne la conversion de la séparation de corps en divorce. Telle n'est pourtant pas la solution admise.

Un ménage allemand étant domicilié en France, la femme demande la séparation de corps ; le mari, n'ayant pas de griefs pour demander le divorce par reconvention, demande la conversion immédiate en divorce en se basant sur l'article 1575 du Code civil allemand ainsi conçu : « L'époux qui a le droit de demander le divorce peut demander seulement la suppression de la communauté de vie conjugale ; mais si l'autre époux exige, pour le cas où la cause invoquée serait reconnue fondée, qu'il y ait divorce, on doit prononcer celui-ci ». Le Tribunal civil de Lyon prononça la conversion immédiate, motif pris de ce que « Si la loi française subordonne la conversion, pour des nationaux, à un délai d'épreuve de 3 ans, il n'apparaît pas que l'inobservation de ce délai par des étrangers puisse compromettre l'intérêt général de l'Etat français, critérium auquel on peut reconnaître si l'ordre public international est lésé » (1).

Nous ne contredirons pas à cette décision. Mais si on la rapproche de celles que nous avons déjà citées, n'y trouve-t-on pas une nouvelle démonstration du caractère incertain et même incohérent de la notion d'ordre public en droit international privé ?

II. — *Les textes et la jurisprudence à l'étranger.*

Il n'existe, à notre connaissance, aucun pays, qui, soumettant le statut personnel à la loi nationale, fasse des causes de divorce des dispositions d'ordre public applicables à ses seuls nationaux, et examine les demandes formées entre étrangers uniquement eu égard à leurs lois nationales. Cette solution, qui exclurait

(1) Lyon, 22 décembre 1911, *Revue*, 1912, p. 363.

de l'ordre public international les causes de divorce et de séparation de corps, et qui seule serait rationnelle, ne paraît consacrée par aucune législation.

La conception française est partagée d'une façon générale à l'étranger par les pays qui, partisans de la loi nationale, connaissent comme la France le divorce et la séparation de corps ou au moins l'une des deux institutions. Elle se retrouve tantôt dans la jurisprudence, par exemple en Belgique (1) et en Hongrie (2), tantôt dans les textes législatifs, notamment en Finlande (3), en Suède (4), en Suisse (5). L'avant-projet du Code civil roumain contient dans l'article 65 une disposition susceptible d'écarter les causes de divorce ou de séparation de corps incompatibles avec l'ordre public roumain (6).

Il faut réserver dans cet examen une place toute spéciale à la conception allemande de l'ordre public. A vrai dire, le législateur allemand a prescrit, tout comme l'a admis la jurisprudence française, le cumul de la loi nationale étrangère et de la *lex fori*, en ce sens que le juge allemand ne doit tenir aucun compte de la loi étrangère, lorsque celle-ci est contraire à l'esprit d'une loi allemande. Tel est le sens de l'article 30 de la Loi d'Introduction au Code civil allemand qui est conçu dans les termes suivants : « L'application d'une loi étrangère est exclue, quand cette application va à l'encontre des bonnes mœurs ou du but d'une loi allemande. » L'article 17 alinéa 4 de la même loi, relatif à la dissolution du mariage consacre ce même principe en précisant qu'il ne peut être prononcé en Allemagne, en vertu d'une loi étrangère, soit un divorce, soit

(1) Bruxelles, 3 janvier 1923. *Bulletin de l'Institut belge de droit comparé*, 1923, p. 146. Cette décision rejette une demande fondée sur l'aliénation mentale. — V. cependant *contra* : Bruxelles, 30 juillet 1887. *Cl.*, 1891, p. 273 et 592.

(2) V. Hajnal, *op. cit.*, *Cl.*, 1930, p. 901 et s.

(3) Loi du 5 décembre 1929, art. 10.

(4) Loi du 8 juillet 1904, chap. III, art. 2. V. le texte *supra*, p. 44 et 45.

(5) V. le texte *supra*, p. 44. — *Adde* : Ch. Simond, *op. cit.*, *Cl.*, 1927, p. 618.

(6) Art. 65 : « Les dispositions de la loi étrangère compétente seront écartées au profit de la loi roumaine, si elles sont contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. »

une cessation de la vie commune, que si le divorce est recevable tant d'après la loi étrangère que d'après la loi allemande ».

Les tribunaux allemands se conforment naturellement à ces directives et interprètent les dispositions combinées des articles 17 alinéa 4 et 30 précités en ce sens, « qu'il y a lieu d'écarter les dispositions du droit étranger qui, d'après les règles du droit international privé, devraient être prises en considération exclusive, quand les idées politiques et sociales qui ont présidé à l'élaboration de la loi étrangère et à celle de la loi nationale sont assez différentes pour que l'application de la première soit susceptible de porter atteinte aux principes fondamentaux sur lesquels repose la société allemande. » (1).

Tout cela est très simple ; les difficultés ne commencent qu'avec l'examen de *l'Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft*, qui fait l'objet des articles 1575 et suivants du Code civil.

Cette expression signifie littéralement « suppression de la vie matrimoniale en commun » ; mais on la traduit habituellement par les mots « cessation de la vie commune ». (2) Aux termes de l'article 17 alinéa 4, les tribunaux ne peuvent prononcer la « cessation de vie commune » entre étrangers que si le divorce est admis pour la cause alléguée tant par la loi étrangère que par la loi allemande. Aussi sera-t-elle accordée sans nul doute à des époux français qui fondent leur demande sur des sévices graves réciproques. La difficulté ne prend corps que si la demande est formée par des époux dont la loi nationale ignore le divorce et n'admet qu'une séparation de corps à laquelle seule la mort de l'un des époux ou la réconciliation peuvent

(1) *Reichsgericht*, 23 janvier 1905. *Revue*, 1905, p. 751. — Dans le même sens : K. G., 13 mars 1911. *Revue*, 1912, p. 135. V. également les décisions citées par Hans-Lewald, *Répert.*, t. VII, v° *D. I. P. Allemagne*, n° 176. — V. l'application de l'article 17, alinéa 4 à la législation soviétique sur le divorce. Freund, *La révolution soviétique et le statut juridique des Russes. Cl.*, 1924, p. 57.

(2) V. traduction de l'Office de Législation étrangère institué près le Ministère de la Justice, t. IV, p. 79. — Sur cette institution consulter notamment : Seckel, *Die Aufhebung und die Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft.* — Priou, *Le divorce et la séparation de corps en droit allemand.* Th. Paris, 1923, p. 78 et suiv.

mettre fin. La question se pose alors de savoir si un tribunal allemand pourra prononcer entre ces époux, par exemple, Italiens ou Autrichiens, une séparation de corps, alors que l'institution voisine du droit allemand doit normalement conduire au divorce. Les tribunaux allemands avaient tout d'abord admis la possibilité de prononcer une séparation de corps entre époux étrangers dont la loi nationale prohibe le divorce, étant entendu que la séparation ainsi prononcée comportait interdiction de mariage (1). Mais un arrêt du *Reichsgericht*, chambres réunies, rendu le 12 octobre 1903, décida qu'un tribunal allemand ne pouvait prononcer en vertu d'une loi étrangère une séparation inconvertible en divorce (2). A notre avis, c'est une application abusive, à des étrangers, d'une disposition d'ordre public purement interne. Les juges allemands ont estimé et estiment toujours que prononcer une telle séparation est contraire au but de la loi allemande, qui est d'éviter que des époux puissent vivre séparés d'une façon continue sans qu'ils aient la possibilité de mettre fin à cette situation par le divorce.

Cette amplitude anormale donnée en Allemagne au contenu de l'ordre public international aboutit à des dénis de justice : car des étrangers dont le statut personnel ne connaît que la séparation de corps, ne peuvent obtenir en Allemagne ni la séparation, parce qu'un prétendu ordre public s'y oppose, ni le divorce, parce qu'il est prohibé par leur loi nationale. Cette solution, qui est vivement combattue par certains auteurs allemands (3), constitue une exagération manifeste de la notion d'ordre public international.

(1) V. *R. G.*, 30 avril 1901. *Cl.*, 1903, p. 187. — *R. G.*, 23 oct. 1902. *Cl.*, 1904, p. 193.

(2) *Cl.*, 1904, p. 961. Dans le même sens : *R. G.*, 17 déc. 1903. *Rev.*, 1905, p. 362. — Stuttgart, 31 mars 1905. *Rev.*, 1908, p. 264. — Dusseldorf, 12 nov. 1920. *Cl.*, 1921, p. 597. La plupart des décisions concernent surtout des demandes en séparation formées par des Autrichiens. La solution serait la même pour des Italiens ou des Brésiliens. V. Hans-Lewald, *Répert., eod. loc.*, n° 188.

(3) Notamment par Hans-Lewald, référence précitée. — Keidel, *Le droit int. priv. dans le Code civil allemand. Cl.*, 1899, p. 239 et suiv. V. aussi, en Suisse : Roguin, *Traité de droit civ. comparé*, t. I, *le Mariage*, p. 265. — Ch. Simond, *op. cit., Cl.*, 1927, p. 620. — Gmur, *Commentaire du Code civil suisse*, t. III,

A la différence des pays qui ont fait jusqu'à présent l'objet de notre examen, il en est dont la législation interne repousse, nous le savons, l'idée de la dissolution du mariage. La question se pose alors de savoir si l'indissolubilité du mariage sera érigée en principe d'ordre public international opposable à des étrangers dont la loi nationale admet cependant le divorce. Elle a été tout particulièrement discutée en Italie.

On sait que, dans ce pays, l'indissolubilité constitue un des caractères essentiels du mariage et que « selon toute probabilité, la question du divorce est résolue pour longtemps par la négative » (1). Le gouvernement fasciste est résolument opposé à toute réforme à ce sujet ; au surplus, l'opinion publique elle-même est d'une manière générale hostile au divorce (2). Enfin, il n'est pas inutile de signaler que « l'une des conséquences des accords du Latran a été de fortifier le principe de l'indissolubilité du mariage et d'enlever tout espoir de succès aux divers projets de lois qui tendaient à y faire brèche » (3).

Cependant les tribunaux n'ont voulu voir autrefois dans le principe de l'indissolubilité qu'une simple disposition de droit interne inopposable aux étrangers et prononcèrent des divorces, en fondant leurs décisions sur l'article 6 du Code civil italien, qui soumet à la loi nationale les rapports entre époux (4).

p. 192. Pour ces trois auteurs, l'*Aufhebung* n'est qu'une séparation de corps sans délai de conversion en divorce. Toutefois, Gmur, sur le fondement de l'article 59-7*i* du titre final du Code civ. suisse, croit prudent de ne pas prononcer en Suisse la séparation de corps entre Allemands, parce qu'il craint qu'une telle décision ne soit pas reconnue en Allemagne.

(1) V. Caby, *Principe de l'indissolubilité du mariage et la séparation de corps en droit italien.* Thèse Paris, 1924, p. 1 et 78.

(2) Un article du *Temps*, publié dans *Cl.*, 1902, p. 410, reproduit à ce sujet une remarque amusante de M. Giolitti : « Deux catégories de personnes s'occupent seules du divorce en Italie : les étudiants, qui ne sont pas mariés, et les prêtres, qui ne doivent jamais l'être. »

(3) Valéry, *Les accords du Latran et le droit international privé. Cl.*, 1930, p. 305.

(4) V. en ce sens : C. Ancône, 12 mars 1884. *Foro ital.*, 1885.1.574. — Tribunal Gênes, 7 juin 1894. *Monit. d. Tribunali*, 1894, p. 784. — Tribunal Milan, 2 juin 1897. *Mon. d. Trib.*, 1897, p. 514. — *Idem*, 30 juin 1898. *Giurisprudenza italiana*, 1898.1.765. — Tribunal Milan, 9 juillet 1898 et C. Milan, 24 nov. 1898 et 5 février 1902 (*Flori*) cités au *Cl.*, 1905, p. 1119 et suiv.

Cette solution a été et est encore soutenue par des auteurs italiens et non des moindres. Certains d'entre eux, notamment M. Edgardo Borselli (1), prétendent que, toute la controverse roule sur un conflit entre l'article 6 précité et l'article 12 ainsi conçu : « Nonobstant les dispositions précédentes, en aucun cas les lois, actes et jugements d'un pays étranger ni les conventions privées ne pourront déroger aux lois prohibitives du royaume, concernant les personnes, les biens et les actes, ni aux lois touchant de quelque façon à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. » Or, comme tout le droit de famille, ainsi que tout le droit sur l'état et la capacité des personnes, touche, peut-on dire, à l'ordre public, ce texte reviendrait à annuler l'article 6. M. Borselli voit là une solution inacceptable et pense que la contradiction peut être évitée si l'on distingue l'*ordre public interne*, qui ne s'impose qu'aux citoyens, et *l'ordre public international*, qui s'impose à toute personne sur le territoire. La prohibition du divorce, liée à des considérations historiques, religieuses, sociales, ethnographiques, n'est que d'ordre public interne. L'appliquer aux étrangers, c'est se mettre en opposition avec l'article 3 du Code civil italien qui leur donne la jouissance des droits civils, donc le droit de faire trancher leurs conflits par les tribunaux italiens, avec l'article 79 qui permet aux étrangers divorcés chez eux de procéder à un nouveau mariage en Italie, enfin avec la loi du 13 juin 1912 sur la nationalité italienne, qui permet à la femme, pour recouvrer la nationalité italienne, de faire état d'un divorce prononcé à l'étranger.

Au fond, nous retrouvons ici sous la plume de M. Borselli cette idée, par nous défendue ci-dessus, que les dispositions légales sur le droit au divorce et sur ses conditions ne devraient pas être d'ordre public international (2).

(1) V. note de M. Edgardo Borselli, sous Tribunal fédéral suisse, 17 février 1926, reproduit dans l'*Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, t. II et III (en un volume), p. 778 à 781. Cpr. en ce sens : Contuzzi, *Man. di diritto priv. intern.*, p. 167. — Elena, *Dei diritti delle persone straniere*, p. 162-166. — Catellani, dans *Encyclopedia giuridica italiana*, v° *Divorzio*, n° 56. — Fadda et Bensa en note aux *Pandectes de* Windscheid (trad. italienne des *Pandekten*), I, p. 151.

(2) V. *supra*, p. 141.

M. Borselli ajoute que l'Italie, à supposer qu'elle ait jadis considéré l'indissolubilité du mariage comme une règle d'ordre public international, s'est certainement départie de ce point de vue en signant l'article 7 de la Convention de La Haye, qui l'oblige à rendre exécutoire des jugements de divorce prononcés à l'étranger. A cela on répond : 1° que l'Italie a pu prendre cet engagement à l'égard de certaines nations où le prononcé du divorce présente de sérieuse garanties, tout en maintenant, en dehors de cette exception, son principe prohibitif ; 2° qu'autre chose est de donner effet en Italie à un divorce déjà obtenu en pays étranger, autre chose de demander à un tribunal italien de dissoudre lui-même le mariage que la loi italienne proclame indissoluble d'une façon absolue (1).

C'est cette dernière opinion qui prévaut aujourd'hui tant en jurisprudence qu'en doctrine (2). La Cour de cassation de Turin (3), cassant dans l'intérêt de la loi l'arrêt de la Cour d'appel de Milan du 24 novembre 1898, décida que l'autorité judiciaire italienne ne pouvait admettre aucune demande en divorce, que le mariage ait été célébré en Italie ou à l'étranger ; et elle fut suivie par la jurisprudence ultérieure (4).

Le prononcé de la séparation de corps entre étrangers ne peut guère soulever de difficultés en Italie ; en effet la séparation de corps y est admise si facilement que les auteurs eux-mêmes ne considèrent pas comme d'ordre public les causes de séparation (5). Un cas toutefois a retenu l'attention de certains auteurs : si la loi nationale des époux demandeurs en divorce

(1) Siotto-Pintor, *Il divorzio degli italiani naturalizzati stranieri* dans *Annali dell' Universita di Perugia*, t. I, fascicule I, 1903.

(2) Bianchi, *Corso elem. di cod. civ.*, I, p. 239 et *Archivio Giurid.*, X, p. 477. — Filomassi Guelfi, dans *Foro ital.*, 1884.1.574. — Lomonaco, dans *Giornale delle leggi*, XII, p. 297. — Buzzatti, *ibid.*, 1901.1.227. — Mattirolo, *Trattato di giudiz.*, VI, 981. — Vanci dans *Foro ital.*, 1903.1.79 et en note sur Paccifici Mazzoni, *Istituti di diritto civile* (4e éd., I, p. 364). — Diena, *op. cit.* Rec. des cours de La Haye, 1927, t. II, p. 419.

(3) Cass. Turin, 21 nov. 1900. *Foro ital.*, 1901.1.227. *Cl.* 1901, p. 392 (note Chrétien).

(4) Gênes, 30 déc. 1927. *Cl.*, 1928, p. 1283. — Gênes, 5 fév. 1929 (*Guillot c. Gordon Carr Walter*). *Rev. d. dir. intern.*, 1929, p. 264.

(5) V. Borsell, *op. cit.*, p. 776.

n'admet pas la séparation de corps, le tribunal italien peut-il néanmoins la prononcer ? M. Diena résoud la question négativement et pense que le tribunal peut prendre seulement des mesures provisoires conformément, bien entendu, à la seule loi italienne (1).

Les pays, qui, comme l'Italie, ne reconnaissent que la séparation de corps, refusent comme elle de s'immiscer dans le divorce des étrangers. Les tribunaux autrichiens limitent la prohibition aux seuls époux catholiques dont les demandes en divorce sont rejetées, motif pris de ce que l'empêchement dit « de catholicisme » est d'ordre public (2). L'ancienne Espagne usait d'un régime semblable, d'autant plus que le droit matrimonial se confondait avec le droit canonique ; la loi du 2 mars 1932 a mis fin à cette jurisprudence étroite et nationale.

Mais il en est encore ainsi acteellement au Brésil, où un étranger ne peut jamais obtenir son divorce (3).

A l'inverse du Brésil ou de l'Italie, il existe enfin des législations qui font du caractère dissoluble du mariage un principe d'ordre public international. En Hollande, bien que le droit des personnes soit régi en principe par la loi nationale, on décide qu'en matière de divorce ou de séparation de corps, hormis le cas où l'une des parties appartient à un des pays signataires de la Convention de La Haye, « la loi néerlandaise est seule décisive, puisque les dispositions de cette dernière loi, étant d'ordre public, doivent être appliquées. » Cette affirmation est extraite des motifs d'un jugement rendu par le Tribunal d'arrondissement d'Amsterdam le 11 janvier 1924 (4) ; à vrai dire, dans cette espèce, le divorce est prononcé pour adultère du mari, parce qu'en fait les parties de nationalité chinoise se sont mariées à Semarang aux Indes néerlandaises, et se sont ainsi soumises à la législation des Pays-Bas ; mais les motifs, rejetant

(1) Diena, *op. cit.* Rec. des Cours de La Haye, 1927, t. II, p. 420.

(2) Cour suprême d'Autriche, 15 avril 1911. *Rev.*, 1912, p. 144. *Répert.*, t. VI, v° *D. I. P. Autriche*, n°s 209 à 223.

(3) Rodrigo Octavio, *op. cit.* Cl., 1913, p. 1086. — Belaviqua, *op. cit. Rev.*, 1920, p. 332.

(4) *Cl.*, 1925, p. 1120.

l'exception tirée de la nationalité du mari, dont la loi personnelle n'impose pas la monogamie, laissent entendre que la solution eût été la même, si la nationalité chinoise avait été reconnue à ce dernier (1). C'est mettre en application le principe que les juges d'un pays qui admet le divorce ne peuvent refuser de le prononcer entre époux étrangers, alors même que leur loi nationale prohibe l'institution ou la cause alléguée. C'est encore là une exagération manifeste du principe de l'ordre public international, qui pratiquement aboutit au même résultat que la doctrine anglaise du domicile. Cette jurisprudence n'est d'ailleurs que la mise en œuvre des idées professées par Asser, qui s'exprime à propos du divorce dans les termes suivants : « Dans le pays où ce mode de dissolution est admis, le législateur pense qu'il serait contraire à l'ordre public de maintenir un mariage dont la dissolution est réclamée pour un motif légal. En cela... il s'est inspiré avant tout de considérations qui se rattachent à l'intérêt de la famille, à l'ordre public, aux bonnes mœurs (2). » Cette conception est éminemment critiquable ; cet auteur raisonne de la même façon sur les lois permissives et sur les lois prohibitives ; si les unes et les autres sont d'ordre public interne, seules les lois prohibitives sont d'ordre public international. La différence, comme l'explique très bien Audinet, est facile à saisir : « La morale publique, dit-il, se trouverait blessée si, dans un pays où l'indissolubilité du mariage est la

(1) V. une application des mêmes principes dans Haute-Cour de Justice des Pays-Bas, 13 déc. 1907. *Rev.*, 1908, p. 841. Cette décision prononce entre époux originaires de l'Illinois (E.-U.) une séparation de corps, alors que les lois de l'Illinois ne l'admettent pas. On relève dans les motifs : « attendu que le juge peut suivre seulement la loi de son propre pays si le législateur n'en a pas décidé autrement ; qu'il doit en être ainsi quand il s'agit d'une institution intéressant l'ordre public et les bonnes mœurs. » — V. encore Amsterdam, 24 mars 1922. *Nederlandsche Jurisprudentie*, 1922, p. 348 ; le divorce est prononcé entre époux belges pour abandon injurieux, en vertu de la loi néerlandaise, cause non prévue expressément par le droit belge. Cependant l'espèce est moins probante, car l'abandon injurieux pourrait constituer une injure grave ; toutefois il faut retenir que la loi belge n'a pas été visée. — V. encore *Répert.*, t. VIII, v° *D. I. P. Pays-Bas*, n° 177.

(2) Asser, *Eléments de droit international privé.* Traduction Rivier, n° 53, p. 216.

règle absolue, deux époux pouvaient rompre le lien qui les unit et contracter une nouvelle union ; mais ni la morale ni l'intérêt général ne subiront aucune atteinte par le fait qu'il ne sera pas permis à deux époux étrangers d'user d'une faculté que la loi locale leur aurait laissée d'obtenir la dissolubilité de leur mariage (1). » Enfin les décisions fondées sur cet abus de l'ordre public n'auront aucune portée internationale et ne seront en tout cas jamais reconnues dans le pays d'origine.

Sans oser affirmer que la jurisprudence espagnole récente s'oriente dans cette voie regrettable, nous relevons cependant dans un jugement rendu le 25 septembre 1932 par le Tribunal de San-Sébastien ce motif, que la loi du 2 mars 1932, qui a introduit le divorce en Espagne est d'ordre public international (2). Toutefois, ce jugement ayant été rendu dans une espèce où la femme avait conservé la nationalité espagnole, on ne peut pas affirmer avec certitude que les tribunaux espagnols prononceraient le divorce entre deux conjoints étrangers dont la loi nationale l'interdisait. On peut attendre avec une certaine curiosité le jour où la question se posera devant ces tribunaux.

Section III.

L'ordre public international et la reconnaissance des jugements de divorce ou de séparation de corps.

On a vu précédemment que le droit au divorce, qui appartient à un ménage d'après sa loi nationale, ne peut pas être toujours mis en œuvre dans un autre pays, parce qu'il se heurte à l'ordre public.

Mais quand le divorce a été déjà prononcé régulièrement dans le pays d'origine ou dans un pays tiers, les conséquences

(1) Audinet, *Les conflits de lois en matière de mariage et de divorce.* Rec. Cours de La Haye, 1926, t. I, p. 220 et 221.

(2) *Revue*, 1933, p. 142 et la note *in fine*. Cette décision a été confirmée par arrêt du Tribunal suprême de Madrid du 27 janvier 1933, rapporté à la *Revue*, 1933, p. 533 (note Champcommunal).

de ce divorce vont-elles encore se heurter à l'ordre public dans un pays qui n'admet pas le divorce ou n'admet pas la cause pour laquelle il a été prononcé ? Par exemple, un ménage français obtient en France le divorce ; l'un des conjoints veut se remarier en Italie ; le pourra-t-il ? Ou bien des Belges ont obtenu en Espagne le divorce par consentement mutuel ; l'un d'eux veut se remarier en France ? Va-t-on le considérer comme divorcé et capable de contracter un nouveau mariage ? L'ex-mari pourra-t-il faire ordonner par un tribunal français la mainlevée de l'hypothèque de son ex-femme sur un immeuble sis en France ?

Une réponse affirmative est généralement donnée dans les pays qui admettent eux-mêmes le divorce. La question est, au contraire, discutée dans ceux qui le prohibent ; et si certains d'entre eux font, comme l'Italie, céder la notion d'ordre public devant le droit acquis, d'autres, comme le Brésil, réservent au problème une réponse négative, peu compatible avec le caractère international de la branche du droit que nous étudions.

I. — *Pays admettant le divorce.*

Dans le temps où le divorce était prohibé en France, la question s'était présentée devant les tribunaux français de savoir si un étranger divorcé à l'étranger pouvait tirer en France les conséquences d'un jugement acquis à l'étranger.

Pendant longtemps la jurisprudence, suivie par la majorité des auteurs, refusa de prendre en considération un divorce régulièrement acquis à l'étranger, notamment au point de vue du remariage (1). Mais un revirement de jurisprudence se produisit en 1860 dans l'affaire *Bulkley*, où la Cour de cassation déclara valable le remariage en France d'un étranger divorcé (2), que ce soit avec une personne ressortissante d'un pays tiers ou

(1) V. Paris, 20 août 1824. S. 1825.2.203. — C. Poitiers, 7 janv. 1845. S. 1845.2.215. — Paris, 28 mars 1843. S. 1843.2.566. — Paris, 4 juillet 1859. D. 1859.1.153. — V. en doctrine : Mailher de Chassat, *Traité des statuts*, n° 197. — Demangeat sur Félix, *Dr. int. privé*, t. I, p. 66.

(2) Civ. cass., 28 février 1860. D. 1860.1.57 ; conclusions conformes du procureur général Dupin.

avec une personne de nationalité française. Cet arrêt était fondé sur cette idée que l'ordre public international français doit, quand le divorce a été régulièrement obtenu dans un autre pays, céder le pas à la notion de droit acquis. Cette solution a été, après quelques résistances, consacrée d'une façon définitive par la jurisprudence (1).

Du jour où le divorce fut rétabli en France par la loi de 1884, allait-on tenir compte, dans la reconnaissance des décisions étrangères, des causes de leur prononcé et refuser de reconnaître celles d'entre elles qui auraient été fondées sur des causes inconnues du droit français ? Une telle distinction n'a jamais été retenue ni en jurisprudence (2) ni en doctrine (3). Cependant certains auteurs contemporains pensent, semble-t-il, que des époux Russes, dont le mariage aurait été dissous en Russie soviétique par simple déclaration à l'autorité russe, ne devraient pas être autorisés à invoquer en France un tel divorce ; ils voient dans une dissolution aussi rudimentaire un acte incompatible avec l'ordre public français et non générateur de droit acquis (4).

(1) Douai, 6 janvier 1877. *Cl.*, 1877, p. 39 qui ne s'était pas conformé à l'arrêt de 1860 a été cassé par Cass., 15 juillet 1878 (*Plaquet*). D. 1878.1.340. *Cl.*, 1878, p. 99. — Amiens, 15 avril 1880. S. 1880.2.172, sur renvoi, s'est conformé à la solution adoptée dans l'affaire *Bulkley*.

(2) Seine, 10 août 1905 (*Zenker*). *Revue*, 1906, p. 181. Cette décision déclare valable en France, sans s'inquiéter des causes pour lesquelles il a été rendu, un jugement de divorce prononcé par un tribunal rabbinique étranger entre époux roumains isréalites. Est au contraire incompatible avec l'ordre public le jugement étranger de divorce dont la forme est injurieuse pour la France (*Cahn-Dennery*, Seine, 23 nov. 1922. *Cl.*, 1923, p. 295) ou celui qui oblige les parties, de nationalité serbe et de religion orthodoxe, à obtenir l'autorisation préalable de l'évêque compétent pour contracter un nouvel hymen (*Zetchevitch*, Marseille, 25 nov. 1925. *Cl.*, 1926, p. 388 et *Rev.*, 1926, p. 539). — La première de ces deux décisions nous paraît fondée ; mais, comme le fait remarquer très justement M. Perroud dans sa note au *Clunet*, en quoi est-il contraire à l'ordre public que des Serbes divorcés qui ont conservé leur nationalité, restent soumis, quant à la faculté de se remarier, à des restrictions admises par leur statut personnel ? C'est là, à notre avis, une nouvelle preuve de la conception erronée qu'ont certains tribunaux français de la notion d'ordre public et de son contenu.

(3) Surville et Arthuys, *op. cit.*, n° 300. — Valéry, *op. cit.*, n° 776. — Niboyet, *op. cit.*, n° 642 *in fine*. — Baudry-Lacantinerie, t. IV, n° 394. — Degand, *Répert.*, t. V, v° *Divorce*, n° 135.

(4) Degand, *eod. l oc.* — Niboyet, *op. cit.*, n° 642.— *Contra* : Delehelle,

Nous persistons néanmoins à penser que, même dans ce cas, le divorce devrait être tenu pour valable par un tribunal français qui n'a pas à examiner la cause de son prononcé ; les ressortissants de l'U. R. S. S. doivent, à notre avis, pouvoir, à l'étranger, arguer de leur divorce obtenu dans leur pays d'origine, sans qu'on puisse leur opposer dans un pays donné que la notion soviétique du divorce est inconciliable avec les conceptions locales d'ordre public.

L'attitude adoptée par la France en matière de reconnaissance des jugements étrangers de divorce ou de séparation de corps, nonobstant leur prononcé pour une cause autre que celle des articles 231 et 232 du Code civil, est suivie d'une façon générale à l'étranger par les pays dont la législation est en notre matière sensiblement la même qu'en France (1). Qu'il s'agisse de pays signataires ou non de la Convention de la Haye, dont l'article 7 vise la reconnaissance des jugements étrangers (2), les décisions de divorce rendues régulièrement entre étrangers à l'étranger sont généralement reconnues, quelle qu'ait été la cause invoquée à l'appui de la demande.

Cependant certains textes réservent la possibilité d'écarter les jugements étrangers au nom de l'ordre public. Ainsi en est-il de l'article 70 de l'avant-projet du Code civil roumain : « Les droits valablement acquis selon la loi étrangère compétente seront respectés en Roumanie, dans la mesure où ils ne sont pas contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs » (3). De même, en Allemagne, l'article 328-4° du Code de procédure civile, qui se rattache à l'article 30 de la loi d'Introduction au Code civil, prescrit de ne pas accorder l'exequatur aux jugements étrangers contraires aux bonnes mœurs ou aux fins d'une loi allemande (4).

Conséquences juridiques de la reconnaissance du Gouvernement des Soviets par la France. Rev., 1927, p. 193. V. notamment p. 290 et suiv.

(1) V. notamment *Répert.*, t. VI, v° *D. I. P. de la Belgique*, n° 57 et *de la Suisse*, n°s 293, 294.

(2) V. *supra*, p. 53.

(3) *Revue*, 1933, p. 171.

(4) V. sur ce point : G. Krauss, *De l'effet international en Allemagne des jugements étrangers. Cl.*, 1931, p. 68, et spécialement en matière de divorce et

Enfin il a été jugé en Suisse qu'il serait contraire à l'ordre public de tenir compte d'un jugement étranger accordant à la femme la garde des enfants et une pension alimentaire ou prononçant à son profit la séparation de corps, alors que pareils jugements sont inconciliables avec le divorce prononcé par un tribunal suisse au profit du mari (1).

II. — *Pays n'admettant pas le divorce.*

Les tribunaux des pays de cette catégorie vont-ils faire de la prohibition du divorce entre leurs nationaux, disposition d'ordre public interne, une règle d'ordre public international et s'abstenir, en conséquence, de reconnaître les jugements de divorce régulièrement acquis par des étrangers dans leur pays d'origine ou dans un pays tiers ? Ou ne vont-ils pas plutôt admettre que l'étranger a, dans ce cas, un droit acquis au divorce, droit auquel aucun ordre public ne saurait faire échec ? Si la jurisprudence italienne après de longues hésitations, semble en principe, se fixer dans ce dernier sens, il n'en est pas de même en Autriche et encore moins au Brésil, qui fait montre, sur ce chapitre, d'une intransigeance peu compatible avec l'esprit du droit international.

Le problème n'a jamais été résolu d'une façon définitive en Italie ; et aujourd'hui encore, la doctrine manque de fermeté et la jurisprudence est queique peu divisée (2).

Il a été soutenu, par argument d'ordre public tiré des articles 12 du Code civil italien (3) et 941 § 3 du Code de procédure, que les tribunaux italiens ne devaient pas reconnaître les jugements étrangers de divorce. Mais on a fait valoir en sens opposé (4)

de séparation de corps, HANS-LEWALD, *Répert.*, t. VII, v° *D. I. P. de l'Allemagne*, n°s 192 et suiv.

(1) Tribunal fédéral, 27 nov. 1920 (*Mercier*). *Rev.*, 1922-1923, p. 650. — Genève, 13 février 1925 (*Bréro*). *Rev.*, 1926, p. 190.

(2) V. l'article général de G. OTTOLENGHI, *De l'effet en Italie des jugements étrangers en matière d'état et de capacité*. *Cl.*, 1908, p. 760 et suiv.

(3) V. le texte *supra*, p. 122.

(4) V. à ce sujet : DIENA, *op. cit.*, Rec. Cours de La Haye, 1927, t. II, p. 421 et suiv.

que, si le juge italien ne peut pas prononcer le divorce, rien ne l'empêche de prendre acte de la situation juridique créée par un jugement étranger et d'en déduire les conséquences ; qu'au surplus l'article 103 du Code civil permet à l'étranger de contracter mariage en Italie sur attestation de l'autorité compétente de son pays qu'il n'y a pas d'obstacle légal ; or cette attestation lui sera délivrée sans difficulté après divorce. On a soutenu enfin que l'Italie, en souscrivant à l'article 7 de la Convention de la Haye a montré qu'elle ne considérait pas comme contraire à l'ordre public de donner effet en Italie à un divorce régulièrement prononcé à l'étranger entre étrangers. Cet argument nous paraît d'ailleurs douteux, car de ce que l'Italie a consenti à donner effet sur son territoire à des divorces prononcés dans certains pays et en vertu de certaines législations offrant des garanties, il ne résulte pas nécessairement qu'elle soit disposée à agir de même pour des divorces prononcés par des Etats non signataires, peut-être d'après des principes subversifs, par exemple en Russie soviétique.

Quoi qu'il en soit, si la doctrine paraît favorable à la reconnaissance des jugements étrangers de divorce, la jurisprudence récente est encore divisée à cet égard. Avant l'adhésion de l'Italie à la Convention de la Haye sur le divorce, certaines décisions avaient déclaré exécutoires en Italie des décisions étrangères de divorce (1). Mais d'autres avaient refusé d'adopter cette solution comme contraire à l'ordre public (2) ; c'est ce qui fut

(1) V. arrêt de la Cour de Rome, 22 nov. 1884. *Mon. d. Trib.*, 1884, p. 1119. — Cour de Milan, 29 nov. 1887. *Cl.*, 1889, p. 168. — V. aussi de Rossi, *Des effets en Italie des jugements étrangers de divorce. Cl.*, 1903, p. 263 et suiv. — Modène, 12 avril 1898. *Jur. ital.*, 1898.1.2.511. — Brescia, 26 septembre 1898. — Milan, 14 septembre 1898. *Jur. ital.*, 1898.1.2.494. — Florence, 6 déc. 1902. S. 1906.4.5. — Venise, 21 février 1902. *Cl.*, 1905, p. 440. On peut encore citer dans le même sens un arrêt de Florence, du 14 nov. 1905, *Wissotzky c. Belliure. Cl.*, 1907, p. 848, qui, bien que rendu après l'adhésion de l'Italie à la convention de La Haye, ne statue pas en vertu de cette convention et accorde l'exequatur à un jugement de divorce prononcé entre étrangers qui s'étaient mariés en Italie.

(2) Florence, 13 mai 1902 (*Kassatkin c. Manasset*). S. 1906.4.5. — Lucques, 3 juillet 1903, *eod. loc.*

affirmé dans un arrêt de la Cour de cassation de Turin (1). Mais à cette époque, il y avait encore en Italie plusieurs cours de cassation et cette décision ne pouvait entraîner qu'un revirement de jurisprudence limité ; aussi ne faut-il pas s'étonner de rencontrer des décisions ultérieures non conformes.

L'adhésion de l'Italie à la Convention de 1902 a apporté une certitude ; c'est que l'exequatur ne peut pas être refusé pour raison tirée de l'ordre public aux décisions étrangères qui, prononçant le divorce entre étrangers, sont rendues par des pays adhérents à la Convention. La jurisprudence est, à cet égard, fixée d'une façon définitive depuis un arrêt rendu le 30 décembre 1911 par la Cour de cassation de Rome à l'occasion d'une demande d'exequatur formée par des époux ressortissants de la Suisse, pays qui alors adhérait à la Convention (2). Mais la question reste encore aujourd'hui débattue de savoir si un tribunal italien peut déclarer exécutoire en Italie un divorce prononcé entre étrangers dans un Etat non adhérent à la Convention. La jurisprudence reste divisée ; certaines décisions interprètent la Convention strictement et considèrent qu'elle « régit la reconnaissance en Italie des jugements de divorce rendu *dans des Etats qui ont adhéré à la Convention* » (3). Récemment un arrêt de la Cour de Turin du 30 juin 1924 (4) a refusé de reconnaître un jugement allemand de divorce entre époux allemands, en alléguant que, d'après le Traité de Versailles, la Convention de la

(1) Cass. Turin, 21 nov. 1900. *Cl.* 1901, p. 392 et *Riv. d. dir. intern.* 1901, p. 553.

(2) Cass. Rome, 30 déc. 1911 (*Manassei c. Kassatkin*). *Rev.*, 1914, p. 189. — V. dans le même sens : C. Venise, 3 août 1906 (*Zamparo c. Braïda c. Vezzenassi*, époux hongrois). *Cl.*, 1907, p. 194. — C. Casale, 26 février 1907 (*Giamminazzi c. Polto*, époux suisses). D. 1910.2.143. — C. Bologne, 21 juin 1911 (*Burdese-Ghigi*, époux français). *Cl.*, 1912, p. 287. — Trib. Alba (*Pillen et Ellena*, époux hongrois, *c. officier de l'état civil*). *Cl.*, 1922, p. 1045 (n. Valéry).

(3) C. Venise, 30 janvier 1913 (*Pignone-Marchesini*, Motifs). *Rev.*, 1914, p. 194. — Venise (*Domini c. Kenk*), 9 octobre 1917. *Rev.*, 1918, p. 520. — Dans le même sens : Cour d'Aquilée, 20 nov. 1923. *Giur. ital.*, 1924.1.2.18. — Cour de Turin, 30 juillet 1924. *Giur. Torisene*, 1924, p. 1244. — Cour de Milan, 30 juin 1927. *Riv. d. dir. inter.*, 1927, p. 375 (note critique de M. Perassi). — Cour Rome, 12 mars 1929 (*Ahatti c. Frezza*). *Riv. d. dir. intern.*, 1929, p. 596.

(4) V. Hans Lewald, *op. cit.*, *Rev.*, 1922, p. 134. — V. l'arrêt dans *Giur. ital. Répert.*, 1924, v° *Matrimonio*, n° 24.

Haye sur le divorce n'est plus en vigueur entre l'Italie et l'Allemagne ; et la Cour de Cassation de Rome a refusé de déclarer exécutoire un jugement de divorce qui avait été, il est vrai, prononcé entre époux russes, en Russie soviétique (1). Enfin un arrêt de la Cour de Bari rendu en 1930 prend encore comme critérium du refus ou de l'octroi de l'exequatur l'adhésion ou non du pays du tribunal à la Convention (2).

A l'inverse, d'autres juridictions écartent cette distinction et déclarent que « c'est non seulement pour les citoyens des Etats européens signataires de la Convention de la Haye mise en vigueur le 7 septembre 1905, mais aussi pour les citoyens des autres Etats d'Europe ou hors d'Europe que l'on peut accorder l'exequatur dans le royaume d'un jugement étranger de divorce » (3).

Aussi, lorsqu'il s'agit d'un jugement rendu dans un pays qui n'a pas adhéré à la Convention ou qui n'y adhère plus, par exemple en France, on ne peut pas, en l'état actuel de la jurisprudence italienne, assurer d'avance que ce jugement sera reconnu en Italie. Au surplus, les récents accords du Latran ont, semble-t-il, compliqué encore quelque peu cette situation déjà enchevêtrée, par la remise en vigueur d'une exception de catholicité. La jurisprudence paraît s'orienter en ce sens qu'il ne

(1) Cass. Rome (1re Ch.), 15 mai 1928 (*Wedenisoff c. Lombardi*). *Annuario di diritto compar.*, t. IV et V (réunis en 1 volume), partie III, p. 82 avec une note critique de Giacinto Bosco.

(2) Cour de Bari, 23 oct. 1925 (*Pansini c. Jaconelli*). *Cl.*, 1930, p. 813 (note critique de Valéry). Cette décision refuse l'exequatur, les époux étant citoyens américains.

(3) C. Palerme, 24 nov. 1913 (*Rizzo c. Romano*). *Rev.*, 1914, p. 196. — Dans le même sens : Trib. pén. de Catane, 5 déc. 1908. D. 1911.2.246, acquittant, sur poursuite pour bigamie, un divorcé remarié. Cass. Florence, 19 mai 1913 (*Pignone c. Marchesini*). *Mon. d. trib.*, 1913, p. 601. — Cour de Florence (sur renvoi même aff.), 11 déc. 1913. *Rev.*, 1914, p. 197. — C. d'appel Gênes, 3 juin 1912. *Rivista di dir. int.*, 1912, p. 608. — Florence, 28 juin 1912, *ibid.*, p. 609, note approbative d'Anzilotti. — Cour d'appel de Lucques, 21 déc. 1921. *Giur. ital.*, 1922.1.2.163. — Cour d'appel de Parme, 14 mars 1922. *Giur. ital.*, 1922. 1.2.168. — Cour d'appel de Pérouse, 11 février 1924. *Foro Umbro*, 1925, p. 52. — Cour d'appel d'Aquilée, 13 avril 1928. *Riv. di diritto intern.*, 1930, p. 136. — Cour Milan, 20 octobre 1932 (*Consonno c. Henny*, citoyens des Etats-Unis d'Amérique). *Rev. d. dir. intern.*, 1933, p. 93. — V. encore Valéry, *Du divorce des Italiens qui se sont faits naturaliser à l'étranger*. Cl., 1918, p. 39.

pourra être donné effet à un jugement étranger prononçant le divorce entre époux catholiques.

Cependant, comme les accords du Latran de 1930 n'ont pu libérer l'Italie des obligations qu'elle a contractées envers les pays cosignataires de la Convention de la Haye de 1902, les divorces entre époux catholiques prononcés dans les pays qui adhèrent à la Convention pourront produire effet en Italie.

Il suit de là que le Concordat avec le Saint-Siège a eu pour conséquence d'étendre à certains égards la notion de l'ordre public international italien, étant entendu que l'exception de catholicité n'est opposable qu'à certaines personnes, celles de religion catholique, et qu'à certains pays, ceux qui n'ont pas adhéré ou n'adhèrent plus à la Convention de la Haye. C'est là un recul très certain du droit international privé et un nouvel obstacle mis à son unification.

L'analyse des décisions rendues récemment par les tribunaux italiens indique bien cette nouvelle orientation de la jurisprudence en Italie. Un arrêt rendu par la Cour de Rome le 26 juin 1930, expose que l'exequatur pourrait être en principe accordé à un jugement de divorce, prononcé en Suisse, bien que ce pays ait dénoncé la Convention de la Haye, mais le refuse, en l'espèce motif pris de ce que depuis les accords du Latran, il ne peut en être ainsi que s'il s'agit d'époux appartenant à un culte autre que le culte catholique (1). On retrouve la même distinction à l'occasion d'un pourvoi formé contre un arrêt de la Cour de Trente, qui, en dépit de l'adhésion donnée par la Hongrie à la Convention de la Haye, avait refusé l'exequatur à une décision rendue entre époux catholiques par un tribunal hongrois, sous prétexte que ce serait violer l'ordre public du royaume tel qu'il faut le concevoir depuis le Concordat avec le Saint-Siège. Sur pourvoi, la Cour de cassation jugea, au contraire, que le Concordat ne faisait pas obstacle à la Convention de la Haye et que, dans ces conditions, l'exequatur devait être accordé à la décision

(1) Cour Rome, 26 juin 1930 (*Restelli c. Cariegal*). *Riv. d. dir. intern.*, 1931, p. 78.

hongroise, bien que prononcée entre époux catholiques (1).

En résumé, le domaine d'application de l'ordre public international italien est en voie d'évolution, du moins en ce qui concerne la reconnaissance des jugements étrangers de divorce. On assiste d'une part à un phénomène de régression, en ce sens que, s'agissant d'époux non catholiques, les tribunaux italiens tendent de plus en plus à reconnaître tout jugement étranger, qu'il émane ou non d'un pays adhérent à la Convention de la Haye. Mais il se produit d'autre part et simultanément, depuis les accords du Latran, un retour offensif de l'ordre public international, qui se manifeste, au sujet d'époux catholiques, sous la forme d'une exception de catholicité, en vertu de laquelle l'exequatur doit être refusé à toute décision étrangère prononçant le divorce entre époux catholiques ; il n'est fait exception qu'en faveur des pays qui ont adhéré à la convention précitée et envers lesquels l'Italie a, par son adhésion à celle-ci, contracté certaines obligations que n'a pu supprimer le Concordat avec le Saint-Siège (2).

Les tribunaux autrichiens valident en principe les jugements

(1) Cour Trente, 26 février 1930 (*Tamanini c. Corio*). *Rev.d. dir. intern.*,1931, p. 248 (note contraire de G. Bosco).

(2) Cass. Rome, 8 avril 1931. *Cl.*, 1932, p. 228 ont également accordé l'exequatur bien que les ex-époux fussent catholiques : Cour Rome, 15 juin 1930 (*Marozzo c. Basso*). *Riv. d. dir. intern.*, 1931, p. 73. — Cour Naples, 21 juillet 1930. *Diretto e Giurisprudenzia*, 1931, p. 135. — Cour Trieste, 10 nov. 1930. *Riv. d. dir. intern.*, 1931, p. 75.

La question fait l'objet d'une vive controverse en doctrine. Giacinto Bosco soutient que tout jugement de divorce entre étrangers est exécutoire en Italie que les ex-époux soient ou non catholiques, et cela même quand il s'agit de ci-devant sujets italiens dont le mariage a été célébré en Italie avant le changement de nationalité, dans la forme religieuse. V. son étude parue dans *Riv. d. dir. intern.*, 1933, p. 38, et plus spécialement p. 55, sous le titre : « Ancora in tema di eseguibilita di sentenze straniere di divorzzio dopo il Concordato con la Santa Sede. » — Dans le même sens : Udina, *Elementi di diritto internazionale privato italiano*. Rome, 1933, p. 187. — Cavaglieri, *Lezioni di diritto internazionale privato*. Napoli, 1933, p. 225 et 229. — Salvioli prétend au contraire que depuis le Concordat aucun jugement de divorce ne peut être exécuté en Italie s'il a mis fin à une union contractée par des époux catholiques, et cela même s'ils sont sujets d'un pays cosignataire de la Convention de La Haye ; il défend cette opinion dans une étude parue dans la *Riv. d. dir. intern.*, 1932, p. 530, 545 : « Sentenze straniere di divorzzio e il Concordato con la Santa Sede ». — Dans le même sens : Capalli, noté au *Foro italiano*, 1931, p. 314.

étrangers de divorce, mais ne permettent certainement pas le mariage en Autriche d'un sujet Autrichien catholique avec un étranger divorcé ; en outre, si un tel mariage est célébré à l'étranger, il sera considéré comme nul en Autriche (1) ; l'ordre public international revêt donc ici encore la forme d'une exception de catholicité.

Signalons aussi, à titre de documentation et aussi parce que la jurisprudence française a eu, comme nous le verrons plus loin, à prendre parti sur la portée de cette prohibition, que les tribunaux espagnols annulaient, par interprétation du droit canonique, les mariages contractés par des ressortissants espagnols avec des étrangers divorcés (2).

La jurisprudence brésilienne, encore plus accentuée, a toujours refusé tout effet aux jugements étrangers de divorce. Elle base cette solution sur l'article 315 du Code civil brésilien aux termes duquel « le mariage ne peut-être dissous que par la mort naturelle de l'un des époux », et sur l'article 17 du même Code qui précise que « les lois, sentences, provenant d'un autre pays, de même que les conventions et dispositions particulières, n'auront aucune efficacité au Brésil quand ils porteront atteinte à la souveraineté nationale, à l'ordre public, aux bonnes mœurs ». Par application de ces deux textes, un étranger divorcé ne pourra contracter mariage au Brésil avec une brésilienne ou même avec une étrangère qu'après la mort de son premier conjoint (3). *A fortiori*, sera non avenu au Brésil un divorce prononcé à l'étranger entre un étranger et une Brésilienne. Toutefois, dans une espèce qui met en cause un ressortissant Brésilien, les tribunaux brésiliens admettent que le divorce pourra être pris en considéra-

(1) Cour suprême d'Autriche, 25 janvier 1897. *Cl.*, 1898, p. 199. — 5 juillet 1904. *Cl.*, 1906, p. 1188. — 21 février 1906. *Cl.*, 1908, p. 1217. — L'opinion contraire paraît avoir été soutenue, mais sans jurisprudence à l'appui, dans le *Répert.*, t. VI, v° *D. I. P. Autriche*, n° 226.

(2) *Questions et solutions pratiques. Cl.*, 1903, p. 798. — L'arrêt du Tribunal suprême de Madrid, 7 avril 1915. *Rev.*, 1919, p. 611, acquitte pourtant sur poursuite pour bigamie, un Allemand qui, après avoir épousé une Espagnole, avait obtenu son divorce en Allemagne et s'était remarié avec une Allemande.

(3) Tribunal supr. fédéral, 12 août 1916 ; cité par J. M. Mac Dowell, *Direito international privado. Cl.*, 1920, p. 87.

tion pour justifier la liquidation des intérêts patrimoniaux (1). Mais en sens contraire, il a été jugé que l'homologation d'un jugement de divorce prononcé entre deux étrangers, devait être refusé, alors même que celle-ci était demandée, non en vue d'un remariage, mais pour des fins d'ordre pécuniaire, qui se présentent aussi bien à la suite d'une séparation de corps (2). Cette intransigeance des tribunaux brésiliens ne va cependant pas jusqu'à autoriser des poursuites du chef de bigamie contre un étranger qui régulièrement divorcé s'est remarié au Brésil : mais ce remariage sera tenu pour nul (3).

Certains auteurs Brésiliens ont soutenu que la prohibition du divorce au Brésil ne devait être considérée que comme une disposition d'ordre public interne inopposable aux étrangers (4). Mais c'est une opinion doctrinale qui n'a jusqu'à présent jamais été suivie par la jurisprudence.

En définitive, nous plaçant plus particulièrement au point de vue du remariage, nous arrivons à cette conclusion que, dans certains pays, le remariage des étrangers divorcés est limité par l'ordre public international. Au Brésil la prohibition est absolue. Il en est de même en Autriche, non seulement quant au remariage d'un étranger divorcé avec un ressortissant Autrichien catholique, mais aussi, puisque l'exception repose sur un dogme religieux applicable à l'univers catholique, en ce qui concerne le remariage d'un étranger catholique divorcé avec une autrichienne même non catholique (5). Enfin, depuis le Concordat

(1) Tribun. supr. fédéral, 4 nov. 1915. *Cl.*, 1919, p. 402.

(2) Tribunal suprême fédéral, 4 nov. 1916. *Cl.*, 1919, p. 402.

(3) Cour d'appel de Rio de Janeiro (Ch. réunies), 2 oct. 1919. *Cl.*, 1921, p. 990. Il est curieux de noter qu'un pays voisin, l'Argentine, qui ignore aussi le divorce, mais qui soumet le statut personnel à la loi du domicile, est infiniment plus libéral et admet parfaitement le remariage en Argentine d'un étranger divorcé. V. notamment *supra*, p. 82 le considérant par lequel le tribunal de Rosario rejette l'objection tirée de l'ordre public qu'on pouvait faire à cette jurisprudence. Jugement rapporté à la *Revue*, 1922-1923, p. 634.

(4) Rodrigo Octavio, *Divorce et mar. au Brésil. Cl.*, 1913, p. 1087. — Clovis, Bevilaqua, *D. I. P. dans l'introduction au code civil brésilien*, *Rev.*, 1920, p. 331.

(5) Cette espèce s'est présentée devant le tribunal de Bruxelles dans les conditions suivantes : une femme belge divorcée, de religion catholique, avait épousé en deuxièmes noces un Autrichien protestant. Elle introduisit une

avec le Saint-Siège, les tribunaux italiens paraissent s'opposer au remariage en Italie d'un étranger catholique divorcé.

Il faut, dès lors, se demander, et cela surtout en raison du caractère d'actualité que confère à la question la jurisprudence italienne récente, si l'on aura, dans les autres pays, à tenir compte de l'empêchement à remariage, qui est admis, à des degrés différents, au Brésil, en Autriche ou en Italie. A supposer qu'un Français divorcé contracte en France mariage avec une Brésilienne, celle-ci pourra-t-elle, pour obtenir, malgré l'absence de causes de divorce, la rupture du lien conjugal, introduire devant un tribunal français contre son mari une action en nullité de mariage ?

La question a été résolue négativement dans certains pays, notamment en Allemagne (1), en Belgique (2) et en Suisse (3).

Les tribunaux français ont eu également à connaître de ces difficultés ; elles sont apparues, notamment, à propos de demandes en nullité formées contre des mariages célébrés en France entre des femmes françaises divorcées et des sujets Espagnols

Assurément, depuis la loi espagnole du 2 mars 1932, le problème ne peut plus se poser en ce qui concerne les unions franco-espagnoles. Mais il est fort possible que nos tribunaux aient un jour à apprécier la validité d'un mariage célébré entre un Italien catholique et une Française divorcée. Aussi croyons-nous utile d'analyser et de critiquer, s'il y a lieu, les solutions qu'ils ont été appelés à donner précédemment, en matière de mariages franco-espagnols (4).

demande en nullité, motif pris de ce que, selon sa loi nationale, son mari était incapable d'épouser une femme, mariée antérieurement suivant le rite catholique du vivant de son premier mari. Cette demande, basée sur la loi autrichienne fut rejetée par le tribunal belge (Bruxelles, 17 juillet 1913. *Rev.*, 1914, p. 606).

(1) Tribunal d'Empire d'Allemagne, 15 février 1912. *Rev.*, 1913, p. 528. — *Kammergericht*, Berlin, 13 mars 1911. *Cl.*, 1912, p. 135. — Hambourg, 7 avril 1905. *Cl.*, 1906, p. 1171.

(2) Bruxelles, 17 juillet 1913 précité.

(3) Décisions du Gouvernement suisse. *Cl.*, 1893, p. 665.

(4) V. à ce sujet Perroud, *Mar. et div. dans législ. à caract. confessionnel. Cl.*, 1922, p. 15 et suiv. — Champcommunal, *L'exclusion du divorce entraîne-*

Deux espèces toutes semblables se sont présentées presque simultanément à propos de la prohibition édictée par la loi espagnole, l'une devant le Tribunal de la Seine, l'autre devant le Tribunal civil de Montpellier. Dans les deux cas, il s'agissait d'une demande en annulation de mariage formée par un mari de nationalité espagnole et fondée sur ce que sa loi nationale, notamment l'article 83 du Code civil espagnol, lui interdisait d'épouser une femme divorcée.

Le Tribunal de la Seine, qui eut à connaître de la première espèce, l'affaire *Montoriol*, admit sur conclusions du ministère public, la validité du mariage contracté à Paris par le sieur Montoriol avec une femme Française divorcée (1).

On relève notamment dans les considérants que « la dame Beaubois avait pleine capacité pour contracter mariage ;... que Montoriol n'est frappé personnellement au regard de la loi espagnole d'aucune incapacité, qu'il avait donc personnellement le droit de contracter mariage ».

Le Tribunal de Montpellier jugea, au contraire, dans l'affaire *Arnéro*, que le mariage était nul, « attendu que, par ce mariage, la dame G... s'est trouvée immédiatement, au point de vue personnel, dans une situation incompatible avec la loi de sa nationalité nouvelle, qui prohibe d'une façon absolue le divorce ; que d'après la loi espagnole, elle est censée toujours engagée dans les liens d'un premier mariage avec le sieur R... attendu d'ailleurs que la validité du mariage avec Arnéro ne peut être appréciée qu'eu égard à la loi espagnole, puisque l'effet immédiat et nécessaire de cette nouvelle union a été de soumettre la dame G... aux incompatibilités résultant de cette loi » (2).

Quel parti prendre dans cette controverse ? La doctrine n'est

t-elle l'interdiction d'épouser des étrangers divorcés ? Rev., 1921, p. 41. — Serin, *Les conflits de lois dans les rapports franco-espagnols en matière de mariage, de divorce et de séparation de corps.* Th. Toulouse, 1929, p. 93 et suiv.

(1) Seine, 5 mai 1919. S. 1921.2.9 (note Niboyet). *Rev.*, 1919, p. 543 (Consultation A. Weiss et conclusions J. Dumas).

(2) Montpellier, 18 mars 1920. S. 1921.2.11. *Cl.*, 1920, p. 633. *Rev.*, 1921, p. 79.

pas moins divisée que la jurisprudence (1). Nous pensons, avec le Tribunal de Montpellier, que ce mariage devait être annulé, mais pour des motifs autres que ceux dont s'est servi le tribunal. En effet, la capacité de la femme pour contracter mariage devait s'apprécier avant le mariage et non après, donc à une époque où, étant encore française, elle avait la pleine capacité de se remarier. A notre avis, si le mariage devait être annulé, c'est parce que l'Espagnol n'avait pas le droit de contracter ce mariage. Quand le Tribunal de la Seine prétend que le sujet espagnol avait en l'espèce, la capacité de contracter le mariage en question, c'est une affirmation purement gratuite ; car sa loi nationale, seule compétente dans le système de droit international privé français pour déterminer les conditions de fond de son mariage, s'opposait à ce que son union fût célébrée avec une personne encore engagée dans les liens d'un précédent mariage ; or telle était, au regard de la loi espagnole, la situation dans laquelle se trouvait une femme divorcée. A supposer qu'une Française émette la prétention d'épouser un citoyen allemand, âgé de 19 ans, cette union ne pourra pas être célébrée ou sera susceptible d'être annulée, parce que le statut personnel d'un Allemand s'oppose à ce qu'il se marie avant sa majorité (2). Il ne viendra à l'idée de personne que ce mariage soit néanmoins possible en France, sous prétexte que la loi française autorise l'homme à se marier à partir de 18 ans. Pareillement une femme française divorcée, bien qu'étant apte à se marier, ne pouvait pas épouser un Espagnol auquel sa loi nationale interdisait le mariage avec une divorcée. Dans les deux cas, la capacité de la femme française reste intacte, mais c'est la capacité de son époux étranger qui se trouve limitée

(1) V. dans le sens de la validité du mariage : Audinet, *Cours de La Haye*, 1926, I, p. 182. — Lerebours-Pigeonnière, *Précis*, n° 342. — Pillet, *Traité pratique*, t. I, n° 299. — Niboyet, *Manuel*, n° 642 et note au S. 1921.2.9. — Richard-Prassimos, thèse p. 262. — Perroud, *op. cit.*, *Cl.*, 1922, p. 15 et suiv. — Dans le sens de la nullité : Weiss, Consultation. *Rev.*, 1919, p. 544 et suiv. — Surville et Arthuys, *Cours de dr. int. privé*, p. 391, note 2. — Valéry, *Manuel*, n° 741, p. 1065. — Champcommunal, *op. cit. Rev.*, 1921, p. 47 et suiv.

(2) Art. 1303 Code civil allemand.

par sa loi nationale plus que ne l'aurait limitée la loi française. En vertu de l'article 3 alinéa 3 du Code civil, tel que l'a toujours interprété la jurisprudence, les tribunaux français sont obligés de respecter cette règle du statut personnel de l'étranger.

Supposons, au contraire, que la Française divorcée se soit remariée avec un Anglais ; peut-être un tribunal espagnol aurait-il annulé ce mariage en vertu d'une prohibition qu'on considérait en Espagne comme d'ordre public international, donc s'appliquant même à des étrangers (1). Mais les tribunaux français, n'ayant pas à adopter cette conception espagnole de l'ordre public international, auraient à bon droit refusé de faire exécuter en France ce jugement d'annulation.

Le Tribunal de Nice et la Cour d'Aix, se ralliant à la solution donnée par le Tribunal de la Seine, ont fait intervenir dans le débat un nouvel argument. Ils partent comme nous de l'idée que l'interdiction faite par la loi espagnole d'épouser une personne divorcée était bien une règle de statut personnel lorsqu'elle s'adressait à un sujet espagnol ; mais ils déclarent que cette règle doit être écartée en France, parce que son application serait contraire à la règle d'ordre public français qu'un divorce antérieur ne constitue pas un empêchement à remariage (2). Nous reconnaissons que cette règle est certainement d'ordre public interne. Mais doit-elle être considérée comme d'ordre public international, faisant échec à l'application en France d'une loi étrangère de statut personnel ? C'est ce que nous contestons, nous réservant de présenter ci-après un essai de limitation de la notion d'ordre public international.

(1) En tout cas, il paraît certain que pareil mariage n'aurait pu être célébré en Espagne.

(2) Nice, 26 juin 1923 et C. Aix, 24 janvier 1924 (*Barcia y Calero c. Moran*). *Rev.*, 1924, p. 99. *Cl.*, 1924, p. 670.

Section IV.

Essai de limitation de l'ordre public international en matière de divorce et de séparation de corps.

Il résulte de nos développements précédents que la notion public, spécialement comme dérogeant à la loi nationale en matière de divorce et de séparation de corps, est une notion fuyante, indéfinie et variable dans le temps et dans l'espace. La législation de tel pays, hostile au divorce qu'elle prohibe entre ses nationaux, transporte cette hostilité dans la sphère du droit international privé et s'oppose à tout divorce dans les limites du territoire sur lequel elle est applicable. Ailleurs c'est la solution inverse qui prévaut ; le divorce est d'ordre public international et s'impose dans les termes de la *lex fori*, à tout étranger, alors même que sa loi nationale lui interdit de divorcer. Le moyen terme se découvre dans les législations qui, tout en admettant le divorce, en subordonnent le prononcé à l'existence de l'une des causes prévues par la *lex fori*.

Cette immixtion de l'ordre public international dans tout ce qui touche au divorce ou à la séparation de corps, se retrouve, plus ou moins accentuée, quand on cherche à préciser la portée internationale des jugements rendus en cette matière.

Dans certains pays, l'ordre public international s'oppose d'une façon absolue à l'importation de toute décision étrangère de divorce ; ailleurs cette rigueur se limite à celles d'entre elles qui intéressent des individus de religion catholique.

Enfin, pour des considérations autres que des considérations religieuses, il arrive que la jurisprudence de certains pays n'attache aux décisions étrangères qu'une portée internationale partielle (1).

En présence de cette diversité, il faut renoncer à ramener l'ordre public à une notion unique internationale. Toutefois

(1) V. notamment aff. *Zetchevitch*, *supra*, p. 162, note 2.

on doit se demander s'il n'est pas possible de limiter le champ d'application de l'ordre public et de mettre un frein aux exagérations manifestes que révèlent aussi bien la doctrine que la jurisprudence. Nous croyons à cet égard pouvoir formuler deux propositions :

1° Ne sont d'ordre public international que les lois qui prohibent ou limitent la faculté de divorcer ou d'obtenir la séparation de corps.

2° L'ordre public doit toujours céder devant les droits acquis.

I. — *Ne sont d'ordre public international que les lois qui prohibent ou limitent la faculté de divorcer ou de se séparer.*

Rationnellement, le système le plus satisfaisant, du point de vue international, serait celui qui supprimerait les empiétements de l'ordre public sur des domaines qui, en vérité, ne le concernent pas, notamment en ce qui concerne les demandes en divorce ou en séparation de corps, où il apparaît comme un instrument d'élimination de la loi étrangère normalement compétente, comme un obstacle à la solution équitable des conflits de lois et à l'unification du droit international privé. Au surplus, nous savons combien il est difficile, sinon impossible, de justifier des interventions qui reposent sur des considérations vagues, fuyantes, étayées bien plus sur du sentiment que sur des réalités juridiques ou économiques. On ne voit vraiment pas quel bouleversement entraînerait, par exemple, en France le prononcé d'un divorce entre étrangers pour aliénation mentale ou d'une séparation de corps par consentement mutuel. Mais essayer de supprimer l'ordre public international en notre matière serait à l'heure présente une entreprise chimérique ; en effet, bien que ses interventions soient, d'une façon générale, en voie de régression et que son domaine d'application ait sensiblement diminué dans l'ensemble, il est très certain qu'on ne peut escompter sa disparition que pour une époque lointaine. Certains auteurs, particulièrement pessimistes, pensent

même que la guerre a eu pour effet de rendre les systèmes juridiques plus particularistes que jamais, et qu'il faut s'attendre à une nouvelle extension de la notion d'ordre public international (1). Sans vouloir en aucune façon fournir une justification de cette opinion, constatons qu'en notre matière, du moins en ce qui concerne la reconnaissance des jugements étrangers de divorce, on assiste en Italie à un retour offensif que nous avons déjà signalé, sous forme d'une exception de catholicité.

Aussi, puisqu'il faut, sur le terrain des réalités pratiques, se résoudre à faire une place à l'ordre public international, acceptons-le ; mais cette concession faite, il importe de le considérer comme un mal inévitable et, dès lors, de s'attacher à réduire au minimum ses interventions en ne les admettant que dans la mesure où il est tout à fait impossible de les éluder.

Les membres des Conférences de la Haye se sont très certainement rendu compte du rôle considérable que jouait et que joue toujours dans chaque Etat l'ordre public international. Dans le but évident d'obtenir des adhésions, ils ont cherché avant tout à sauvegarder les conceptions des différents Etats sur ce point ; et l'emprise de l'ordre public international est encore si forte dans tous les pays, que les rédacteurs de la Convention sur le divorce n'ont pas osé poser en principe que seule la loi nationale serait observée pour apprécier la recevabilité de la demande en divorce, en reléguant au rang d'une exception la possibilité d'exiger cumulativement l'accord de la *lex fori* et de la *lex patriæ*. Adoptant une méthode inverse, ils ont consacré en principe, dans les articles 1 et 2 la règle du cumul de la *lex fori* et de la loi nationale compétente, puis timidement indiqué dans l'article 3 que « seule la loi nationale sera observée, si la loi du lieu où la demande est formée le prescrit ou le permet ». Aucune législation, aucune jurisprudence, parmi les pays adhérents, ni parmi ceux qui sont ralliés au principe de la loi nationale, ne s'est, à notre connaissance, montrée jusqu'à ce jour assez libérale, ou plus exactement assez internationale,

(1) Arminjon, *Précis*, n° 85.

pour adopter la faculté concédée dans l'article 3. Aussi comprend-on sans mal pourquoi les auteurs de la Convention de la Haye sur le divorce ont préféré renoncer à mentionner sous forme d'exception une faculté, celle du cumul des deux lois, qui serait tout aussitôt devenue la règle de principe.

Le système, qui a été consacré par les textes précités, revient, au fond, à comparer la *lex fori* à la loi nationale des parties, et à faire application de celle des deux lois qui est la plus restrictive. Etant donné l'état d'esprit régnant, c'est, croyons-nous, de toutes celles auxquelles on aurait pu penser, la construction théorique la plus juste. Le système adopté procède en effet de cette idée que seules les lois impératives ou prohibitives peuvent être d'ordre public international, mais que les lois permissives, même si elles sont d'ordre public interne, ne sont jamais d'ordre public international.

Savigny paraît bien avoir entrevu en partie cette distinction, quand il soumet au principe de la souveraineté territoriale exclusive les « lois d'une nature positive rigoureusement obligatoire » (1). Traduite dans notre langage juridique moderne, cette affirmation de Savigny s'exprimerait en disant que les lois impératives sont d'ordre public international.

Mais c'est à Despagnet que revient le mérite d'avoir mis en lumière et fermement défendu l'opposition, qui existe au point de vue international, entre lois impératives et lois permissives. Il se garde bien d'attribuer à toute loi impérative le caractère d'ordre public international ; mais il dénie ce caractère à toute loi permissive : « Si la formule impérative ou prohibitive de la loi ne peut servir, dit-il, de critérium certain pour la ranger dans l'ordre public international, on peut affirmer que toute disposition légale qui n'est pas imposée d'une manière absolue par l'autorité souveraine ne rentre pas dans la catégorie des règles dont l'observation est imposée aux étrangers ; ... nous croyons pouvoir affirmer sans hésitation que toute loi permissive et non impérative ou prohibitive ne peut être d'ordre pu-

(1) Savigny, *op. cit.*, t. VIII, n° 349, p. 35.

blic ; on ne comprendrait pas, en effet, qu'un législateur, laissât à la discrétion des individus la faculté d'user d'une institution qu'il considérerait comme indispensable pour l'intérêt de l'Etat. Il peut se faire qu'une institution soit établie comme utile au point de vue moral, économique ou politique, et que son usage soit facilité ; mais du moment qu'elle n'est pas rigoureusement imposée et qu'il est possible de ne pas en profiter, elle ne peut raisonnablement faire partie de l'ordre public » (1).

Faisant application de ce double principe, Despagnet s'étonne, à juste titre, que l'on puisse, en législation ou en jurisprudence, imposer le divorce à des étrangers dont la loi nationale le prohibe. « On comprend, écrit-il, qu'un législateur prohibe le divorce, en obéissant à certaines considérations d'ordre religieux ou moral, même pour les étrangers dont la loi nationale l'autorise ; mais on conçoit moins bien qu'un législateur l'impose à des étrangers contrairement à leur statut personnel. L'indissolubilité du mariage, est en effet, une règle *impérative*, imposée de manière absolue, tandis que la disposition qui établit le divorce n'est que *permissive* ; elle autorise l'emploi de ce moyen de dissolution du mariage, mais elle ne le rend obligatoire pour personne » (2).

En fait, d'après les idées traditionnellement admises en Europe continentale, presque jamais les tribunaux d'un pays dont la loi admet le divorce ne le prononcent entre étrangers domiciliés dans ce pays, mais dont la loi nationale applique le principe de l'indissolubilité du mariage. Toutefois il faut excepter les tribunaux hollandais, qui, nous l'avons déjà souligné, imposent, nonobstant la prohibition édictée par la loi nationale des parties, la faculté de divorcer qui existe au profit des sujet hollandais (3) ; c'est là une exagération manifeste

(1) Despagnet, *L'ordre public en droit international privé. Cl.*, 1889, p. 132 et 214. — Dans le passage cité, l'auteur, quand il parle d'ordre public, sous-entend évidemment *international*.

(2) Despagnet et de Boeck, *Précis*, n° 262, p. 773. Cpr. *op. cit. Cl.*, 1889, p. 214.

(3) V. *supra*, p. 125, diverses décisions rendues par les juridictions néerlandaises.

de la notion d'ordre public international, dont on peut trouver l'origine, pour la Hollande, dans une survivance plus accentuée qu'ailleurs de la théorie de la territorialité du droit.

La construction de Despagnet paraît avoir été acceptée par Weiss (1), qui dit que les lois prohibitives ou impératives ne sont pas toujours d'ordre public international, et qui, à vrai dire moins affirmatif sur ce point que Despagnet, écrit que les dispositions permissives sont *presque* toujours étrangères à l'ordre public international. Il ne cite d'ailleurs aucun exemple pratique de loi permissive qui doive, à son avis, s'imposer aux étrangers sur le territoire.

M. Bartin a écrit dans ses *Etudes* « qu'il est faux qu'une disposition permissive ne soit jamais d'ordre public » (2). Il s'agit très certainement, dans sa pensée, d'ordre public international. Mais veut-il dire que, suivant son opinion, il y a des lois permissives qui doivent être considérées comme d'ordre public international ? Ou énonce-t-il simplement cette constatation de pur fait, qu'il n'est pas sans exemple de voir appliquer à des étrangers, sous prétexte d'ordre public, des lois simplement permissives ? En tout cas, pour la matière du divorce, cet auteur semble bien livrer son opinion dans un ouvrage plus récent, où il écrit que « les dispositions de la loi française qui autorisent le divorce dans des cas déterminés sont des dispositions de nature permissive » et que « des dispositions de ce genre ne peuvent jamais constituer des dispositions d'ordre public international » (3).

On est ainsi amené à décider, avec la Convention de la Haye, que la loi étrangère, qui permet le divorce de ses nationaux, succombera devant la loi du for qui interdit le divorce, et qu'à l'inverse, la loi étrangère, qui défend à ses ressortissants de divorcer par consentement mutuel, devra prévaloir sur la loi du for, qui permet ce mode de dissolution du mariage.

Ce système qui, entre deux lois en conflit, donne le pas à la

(1) Weiss, t. III, p. 105.
(2) Bartin, *Etudes*, p. 243.
(3) Bartin dans Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VII, § 490, p. 411, note 9 *in fine*.

loi prohibitive sur la loi simplement permissive, s'accorde parfaitement avec une théorie générale dont nous avons déjà parlé et qui, voyant dans tout conflit de lois un conflit de souveraineté, le résoud par le « *principe du moindre sacrifice* ».

En effet, quand un législateur permet le divorce, il ouvre à l'individu une faculté dont celui-ci est libre de ne pas user ; il ne tient pas essentiellement à ce que le mariage soit rompu.

Au contraire, quand une loi prohibe le divorce, c'est une volonté absolue, qui ne laisse aucun choix à l'individu ; le législateur tient essentiellement à ce que le mariage ne soit jamais rompu. Le premier de ces deux législateurs fera donc, en s'inclinant devant l'autre, une moindre concession que si l'inverse se produisait, puisqu'il n'aura sacrifié à une injonction coercitive de l'autre souverain, qu'une disposition dont il laisse chacun libre d'user ou de ne pas user.

Reste à savoir comment résoudre le conflit entre deux lois également coercitives. L'hypothèse n'est pas purement imaginaire. Il suffit de supposer qu'un ménage roumain, domicilié en Italie, veuille mettre fin à sa vie conjugale. Il ne pourra obtenir d'un tribunal italien ni le divorce, parce que l'indissolubilité du mariage est d'ordre public international en Italie, ni la séparation de corps parce que le statut personnel des conjoints prohibe cette institution, que le législateur roumain considère comme dangereux pour les bonnes mœurs (1). Le juge italien ne peut ordonner que des mesures provisoires. Et pour obtenir le divorce, ce ménage roumain n'a d'autre moyen que de transporter son domicile dans un pays admettant cette institution.

(1) En France même, où la séparation de corps fut abolie de 1792 à 1804, cette institution fut souvent attaquée comme inhumaine et antisociale, en ce qu'elle condamne au célibat et expose à l'adultère les deux époux séparés. V. sur ce point Richardot, th. Dijon, 1930, p. 435, 436, qui, sans partager cette opinion, reproduit les déclarations de MM. Alfred Naquet et de Marcère lors de l'élaboration de la loi de 1884 sur le divorce, un passage de Legouvé, dans l'*Histoire morale des femmes*, et un curieux jugement du Président Magnaud, rejetant une demande en séparation de corps et prononçant le divorce. Ces reproches ont beaucoup moins de portée dans les législations qui admettent la conversion de la séparation de corps en divorce ; et ils n'en ont aucune, lorsque cette conversion peut, comme en Allemagne, être obtenue sans délai.

II. — *L'ordre public doit toujours céder devant les droits acquis.*

Nous avons signalé précédemment (1) et nous venons de constater que, si les tribunaux font, d'une façon générale, appel à l'ordre public international pour écarter les demandes de divorce ou de séparation de corps ou subordonnent la recevabilité de certaines d'entre elles à l'existence de l'une des causes prévues par la *lex fori*, au contraire ils n'hésitent pas, la plupart du temps, à donner effet à des décisions qui ont prononcé à l'étranger le divorce ou la séparation de corps entre étrangers dans des conditions telles qu'ils auraient très certainement rejeté la demande si elle avait été portée devant eux.

Les tribunaux français reconnaissent une séparation de corps par consentement mutuel obtenue en Belgique par des ressortissants belges, alors que le prononcé d'un tel jugement se serait heurté en France à l'ordre public international ; de même les tribunaux italiens donnent effet en Italie à une décision hongroise prononçant, même à l'heure actuelle, le divorce entre sujets hongrois catholiques ; et cependant la règle de l'indissolubilité du mariage y est absolue.

Certains auteurs, avons-nous déjà dit, voient là une contradiction qu'ils tiennent pour inexplicable et injustifiable en bonne théorie. « Voilà une disposition du droit de famille, écrit M. Bartin, la prohibition du divorce, qui change de nature, suivant qu'on l'envisage dans ses rapports avec l'exercice en France du droit conféré aux époux par la loi étrangère ou dans ses rapports avec les conséquences françaises de l'exercice de ce droit à l'étranger. Appliquée sans réserve aux époux dans le premier cas, elle cesse de les atteindre dans le second (2) ». Assurément on a bien cherché à justifier ces deux solutions différentes en faisant valoir que si l'ordre public international s'oppose à ce que le juge collabore directement à l'application

(1) V. *supra*, p. 108.
(2) *Principes*, t. I, n° 98, p. 261. — Cpr. *Etudes*, p. 258.

d'une loi étrangère inconciliable avec la *lex fori*, ce même ordre public ne lui interdit pas de tirer les conséquences d'une décision étrangère déjà rendue. M. Bartin rejette cette explication et démontre que, dans certaines hypothèses, notamment dans le cas où le mari divorcé s'adresse aux tribunaux français pour obtenir la radiation de l'hypothèque légale de son ancienne femme, « on ne voit pas en quoi la collaboration de la juridiction française à la radiation, qui achève d'effacer les conséquences du mariage, diffère de la collaboration qu'elle refuse au divorce qui le dissout ; l'une et l'autre, en bonne logique, se valent » (1). M. Bartin tient ces deux solutions pour contradictoires ; selon lui, dans l'un et l'autre cas, il y a conflit avec l'ordre public international, conflit qui, en bonne logique, devrait être résolu d'une manière en tous points semblable. Est-ce à dire cependant que l'on doive renoncer à expliquer pourquoi l'ordre public, qui intervient pour s'opposer dans un pays donné, soit d'une façon absolue soit d'une façon relative, au prononcé du divorce, suspend son intervention quand une juridiction de ce même pays est saisie par exemple d'une demande en radiation de l'hypothèque légale de la femme divorcée ? Nous ne le croyons pas ; il y a entre ces deux cas toute la différence qui existe entre une expectative de droit et un droit légitimement acquis, dont il n'y a plus qu'à déduire les conséquences. Il ne nous paraît pas inutile de faire ici une comparaison avec les droits acquis dans le temps : quand le divorce a été supprimé en France en 1816, personne n'a songé à contester aux sujets français qui avaient obtenu le divorce avant cette date, le droit d'en tirer les conséquences et notamment de se remarier ; ni la doctrine ni la jurisprudence n'ont émis l'opinion que ce remariage était nul, sous prétexte que l'ordre public s'opposait en France à la dissolution du mariage. Ne doit-on pas dire pareillement, en raisonnant par analogie sur une décision de divorce acquise dans un pays donné, que les époux entre lesquels cette décision a été prononcée ont un droit acquis au

(1) Bartin, *eod. loc.*

divorce, droit dont ils pourront partout se prévaloir ? C'est très heureusement la solution à laquelle s'est arrêtée depuis longtemps la jurisprudence française ; c'est également celle qui est à l'heure actuelle consacrée dans beaucoup de pays. Toutefois, ainsi que nous l'avons relevé en examinant précédemment le problème de la reconnaissance des jugements étrangers de divorce et de séparation de corps, certains pays, qui ont encore une conception étroite et même rétrograde du droit international privé, dictée souvent par la survivance plus marquée qu'ailleurs de doctrines religieuses, limitent, quand ils ne s'y opposent pas, l'importation des décisions étrangères de divorce ou de séparation de corps.

Quoi qu'il en soit et sans nous arrêter davantage à l'objection de M. Bartin, posons en principe que l'ordre public international doit toujours céder devant des décisions de divorce ou de séparation de corps régulièrement acquises à l'étranger par des étrangers, quelles que puissent être les dispositions internes de la législation du pays dans lequel leur importation est demandée. Certains auteurs ont cependant exprimé des doutes sur la question de savoir si des divorces prononcés en U. R. S. S. par simple déclaration unilatérale entre ressortissants de ce pays devaient être tenus pour valables dans les pays civilisés. A cette question et par application du principe que nous venons de poser, nous faisons une réponse affirmative ; on ne doit, à notre avis, faire aucune distinction suivant le mode de prononcé du jugement étranger : tout tribunal qui s'engagerait dans cette voie ferait un usage nettement abusif de la notion d'ordre public international, dont le seul rôle, en cette matière est de s'effacer devant les droits régulièrement acquis.

CHAPITRE III

LA FRAUDE A LA LOI COMME CAUSE DE DÉROGATION A LA LOI NATIONALE DES CONJOINTS

Au point où nous en sommes parvenus de nos développements, nous avons montré comment, dans le système continental européen, la loi nationale des époux régit, réserve faite des fins de non-recevoir tirées de l'ordre public international ou de la mise en œuvre de la théorie du renvoi, les demandes en divorce ou en séparation de corps que ceux-ci peuvent être amenés à former hors de leur pays d'origine ; nous avons encore indiqué comment, en fait, la reconnaissance des jugements étrangers rendus en cette matière obéit également à la règle de la compétence de la loi nationale, tout en indiquant que parfois cette même théorie de l'ordre public international vient en restreindre l'application. Est-ce à dire que plus rien d'autre ne puisse faire obstacle à la compétence de la loi nationale ? Pas nécessairement.

Il est en effet admis que tout individu peut, en observant certaines conditions, acquérir une nouvelle nationalité ; or comme le statut personnel est déterminé, dans les législations que nous étudions par la nationalité, il suit de là que, par l'acquisition d'une nouvelle nationalité, un individu peut se soustraire aux dispositions restrictives que sa loi nationale actuelle édicte quant au fonctionnement d'une institution déterminée et remplacer son statut personnel par celui d'un pays dont les lois sont, à cet égard, plus libérales. Ce mécanisme est susceptible d'être mis en œuvre, en droit international privé, dans les

domaines les plus variés ; il peut y avoir changement de nationalité en vue d'échapper à une obligation, par exemple celle qui pèse sur le prodigue pourvu d'un conseil judiciaire ; mais ce changement peut avoir lieu aussi en vue d'acquérir un droit que la loi nationale actuelle refuse ou limite exagérément, par exemple le droit d'exercer une action relative à la filiation ou encore, et c'est le domaine qui nous intéresse plus particulièrement, celui d'intenter une action en divorce (1).

Supposons qu'un tribunal français, saisi d'une demande en divorce, s'aperçoive au cours de l'examen des faits de la cause, que les plaideurs sont des Français de fraîche date et que leur statut personnel était, récemment encore, régi par la loi italienne, dont on sait qu'elle prohibe le divorce. Déplaçons légèrement l'hypothèse et supposons que ces Français, ci-devant Italiens, soient amenés, pour des raisons personnelles, à porter leur action devant une juridiction suisse. Le tribunal du pays de la nouvelle nationalité, dans le premier cas, le tribunal d'un pays tiers, dans le second cas, vont-ils admettre la compétence législative de la loi française ou ne vont-ils pas plutôt attribuer au changement de nationalité un caractère frauduleux et refuser de faire droit à la demande dont-ils sont saisis ?

A supposer qu'il n'en ait pas été ainsi et que le divorce ait été prononcé, quelle sera la portée internationale du jugement obtenu ? *Quid* si les époux se proposent de solliciter d'un tribunal italien l'exequatur de la décision française soit en vue de la liquidation de biens communs sis en Italie, soit en vue de la transcription sur les registres de l'état civil, opération préliminaire à un remariage en Italie ? Pourront-ils par la suite obtenir leur réintégration dans leur nationalité d'origine ? Au surplus, abstraction faite des effets dans le pays dont ils ont volontairement abandonné la nationalité, est-il certain que les tribunaux des pays tiers tiendront pour valable le jugement rendu en France ? ou les époux divorcés ne peuvent-ils craindre

(1) Sur la fraude à la loi en droit international privé, V. notamment : Desbois, *La notion de la fraude à la loi et la jurisprudence française*, p. 203 et suiv — Ligeropoulo, *Le problème de la fraude à la loi*, p. 153 et suiv.

qu'on leur oppose le caractère frauduleux de l'opération ?

Ce sont là autant de questions que soulève l'examen de la théorie générale de la fraude à la loi, dont la mise en œuvre peut avoir pour effet, notamment en matière de divorce, d'éliminer la loi nationale actuelle, normalement compétente, au profit d'une ancienne loi nationale, aux dispositions impératives de laquelle les époux ont tenté de se soustraire par le moyen d'un changement de nationalité. La notion de la fraude à la loi est, tout comme celle de l'ordre public international, vague et fuyante ; elle est, ainsi que nous allons le constater, très discutée dans la doctrine et la jurisprudence, et cela tant en France qu'à l'étranger.

Section I.

Doctrine et jurisprudence en France.

I. — *Examen doctrinal.*

La théorie de la fraude à la loi a suscité dans la doctrine française de très vives controverses ; il n'est, en effet, pas aisé de définir le domaine de la fraude ni d'en préciser la nature juridique, en raison de la diversité très grande des hypothèses dans lesquelles on la fait intervenir. Certains auteurs voient là une notion inutile ; d'autres au contraire sont d'accord sur le phénomène lui-même, mais divergent quand il s'agit de le rattacher à une théorie déjà existante ou de construire une théorie autonome.

Tout d'abord quelques auteurs n'hésitent pas à la rejeter d'une façon générale, considérant qu'il n'y a pas place pour elle dans le domaine du droit, et cela à tous les points de vue, aussi bien en droit interne qu'en droit international privé. Ces auteurs partent de cette constatation que, toutes les fois que l'on veut dans un cas particulier voir une fraude à la loi, il y a eu usage d'un droit ; or pour eux, l'usage d'un droit est en soi quelque chose de parfaitement régulier, inconciliable avec l'idée

de fraude à la loi. Tout particulièrement, en droit international privé, ces auteurs disent que c'est un droit de changer de nationalité et qu'on ne saurait considérer comme un acte frauduleux l'exercice d'un droit conféré par la loi ; c'est l'application du principe « *neminem laedit qui suo jure utitur* » (1).

Le même groupe d'auteurs signale en outre le danger de l'arbitraire du juge qui, pour établir s'il y a ou non, fraude à la loi, doit scruter les mobiles de l'acte prétendu frauduleux, c'est-à-dire se livrer à une recherche d'intention qu'ils estiment incompatible avec la sécurité du droit. Cet argument ne semble pas convaincant ; les tribunaux sont en effet amenés bien souvent à faire des recherches d'ordre psychologique, notamment pour apprécier la bonne ou la mauvaise foi d'un contractant ou d'un possesseur.

D'autres auteurs se déclarent, en principe, partisans de la théorie de la fraude à la loi, mais la rejettent en matière de divorce et de séparation de corps, car ils considèrent que ces institutions doivent rester soumises d'une façon permanente à une même loi, dont la compétence survit même à un changement de nationalité ; ce sont les auteurs qui défendent la thèse dite du statut familial, thèse dont nous avons fait déjà une analyse (2). Il est bien évident que dans une pareille conception, il n'y a pas place pour la notion de fraude à la loi, du moins en ce qui concerne le droit de la famille.

A l'inverse des auteurs dont nous venons d'examiner la doctrine, il en est d'autres, et c'est la majorité, qui sont favorables à la théorie de la fraude à la loi. Mais s'ils sont d'accord sur ce principe, ils sont loin de l'être sur la nature juridique, sur le fondement même qu'il convient de lui attribuer. Les uns, ayant une conception purement objective de la fraude à la loi, la

(1) Audinet : note au S. 1920.2.65, sous Toulouse, 15 juillet 1918. — Dans le même sens : Weiss, *op. cit.*, t. I, p. 527, t. III, p. 688. — Perroud, *La fraude à la loi en droit international privé. Cl.*, 1926, p. 19. — Brackers d'Hugo, *op. cit. Lois nouvelles*, 1932, p. 248. — Travers, *La fraude à la loi en matière de mariage. Rev. de D. I. P. et de dr. pénal int.*, 1910, p. 24 et suiv., 362 et suiv.

(2) L. Louis-Lucas, *op. cit. Lois nouvelles*, 1932, p. 384. — Bartin, *Etudes*, p. 249.

rattachent à la théorie de l'ordre public. Les autres, s'attachant à son caractère subjectif et psychologique, basent essentiellement leur système sur une recherche d'intention.

Dans le premier groupe, citons d'abord M. Bartin, pour qui la théorie de la fraude à la loi ne constitue qu'un cas particulier de l'application de la théorie de l'ordre public international, en ce sens qu'elle se ramène comme elle à l'éviction de la loi normalement compétente.

« Je n'aperçois, dit-il qu'une seule différence entre les deux séries d'hypothèses ; quand l'idée d'ordre public est en jeu, l'éviction de la loi normalement applicable résulte invariablement de l'objet même de cette loi ; tandis qu'elle résulte accidentellement, quand elle est due à l'influence de l'idée de fraude à la loi, de l'intention qu'a eue la personne engagée dans le rapport de droit litigieux d'éluder les dispositions de son statut personnel. Ces dispositions prennent alors, en fait, grâce à l'intention frauduleuse de la personne qui prétend s'y soustraire, le caractère de disposition d'ordre public. Il y a, par conséquent, des dispositions légales qui peuvent, suivant les cas, nous apparaître comme des dispositions d'ordre public ou comme des dispositions ordinaires soumises aux règles normales du conflit des lois » (1).

Cette conception ne nous paraît pas exacte ; en effet la théorie de l'ordre public international entre en jeu quand il y a conflit, dans une matière donnée, entre les dispositions de la loi étrangère normalement compétente et les dispositions correspondantes de la loi territoriale qui, sur le territoire, sont considérées comme devant s'appliquer même aux étrangers ; c'est en ce sens que l'ordre public international, tel qu'il est conçu en France, s'oppose, nous l'avons vu, à ce qu'un divorce y soit prononcé par consentement mutuel. Il s'agit donc d'un conflit entre deux lois qui peuvent prétendre être contemporainement compétentes. Tout autre est la question quand on conteste la

(1) Bartin, *Etudes*, p. 252. — V. dans le même sens : Laurent, *op. cit.*, t. II, nos 295 et suiv. — *Contra* : Ch. Knapp, *La notion de l'ordre public dans les conflits de lois*, p. 187.

compétence d'une loi étrangère, dans la théorie de la fraude à la loi ; il s'agit ici d'un conflit entre une loi qui est compétente actuellement et une loi qui a cessé de l'être. On ne voit pas comment cette dernière pourrait, en raison de cette substitution, prendre le caractère d'une loi d'ordre public international. En réalité, la théorie de la fraude à la loi, qui ne concerne que des ex-nationaux, constitue bien plutôt une défense avancée des lois d'ordre public interne.

C'est ce qu'on fort bien aperçu, semble-t-il, MM. Arminjon et Niboyet, quand ils rattachent cette théorie à celle de l'ordre public interne. Suivant M. Arminjon, l'autorité et l'efficacité d'une loi d'ordre public même simplement interne seraient détruites si on pouvait la tourner en provoquant artificiellement l'application d'une loi étrangère (1). C'est cette même idée que M. Niboyet exprime quand il définit la fraude à la loi comme « un remède nécessaire pour maintenir à la loi son caractère impératif et sa sanction dans les cas où elle cesserait d'être applicable à un rapport de droit en raison de ce que les intéressés se sont placés frauduleusement sous l'empire d'une loi nouvelle » (2). La définition que nous donne cet auteur nous paraît juste et nous ne songeons pas à contester que la théorie de la fraude à la loi ait pour but de protéger les lois d'ordre public interne contre la fraude ; mais encore faut-il préciser en quoi consiste la fraude et quelle en est la nature juridique ; c'est ce que ces auteurs omettent d'indiquer ; ils sont en cela non pas inexacts, mais simplement incomplets.

Un second groupe d'auteurs, plaçant la question sur son véritable terrain, qui est un terrain d'ordre psychologique a essayé d'analyser et de faire rentrer dans des catégories juridiques cette notion de fraude à la loi.

(1) Arminjon, *La fraude à la loi en droit international privé. Cl.*, 1921, p. 67.

(2) Niboyet, *Manuel*, n° 458, p. 574. — Nous rappelons, pour la compréhension du texte rapporté, que cet auteur appelle lois impératives ce que nous entendons par lois d'ordre public interne. V. *supra*, p. 133. V. du même auteur, *La fraude à la loi en droit international privé. Rev. de D. I. P. et de législation comparée*, 1926, p. 485 et suiv. — Dans le même sens : Caleb, *op. cit.*, p. 97 et suiv.

M. Desbois utilise les extensions données par la jurisprudence à la notion de cause et aux articles 1131 et 1133 du Code civil, notamment à propos des actes à titre gratuit. On sait que, pour annuler certaines libéralités faites dans un but immoral, la jurisprudence ne prend pas seulement en considération la cause juridique, qui est toujours l'intention de donner, mais encore les motifs pour lesquels on a voulu donner. Faisant application de ces précédents, M. Desbois croit pouvoir expliquer par la notion de cause ainsi élargie la théorie de la fraude à la loi. « L'intervention de la notion de cause, dit-il, et l'assimilation que nous croyons devoir faire entre l'intention d'éluder la loi et la cause juridique de l'acte qui la réalise sont de nature à fournir à la jurisprudence un critère peut-être sujet à caution, mais tout au moins dégagé d'un texte précis de notre Code. C'est dire que nous désirons, si la fraude à la loi devait exercer son action dans le domaine de la pratique, que l'on ne s'en tienne pas, pour l'appliquer, à la thèse trop massive que la plupart des auteurs affiliés à l'école subjectiviste ont adoptée. L'intention d'éluder la loi ne suffit pas à qualifier l'acte d'illicite ; il faut encore, par l'application de la notion de cause contraire à l'ordre public ou à la morale et plutôt à la morale qu'à l'ordre public, distinguer les cas dans lesquels cette intention sera répréhensible et entraînera la nullité de l'acte, de ceux où elle ne sera pas jugée telle » (1).

Si nous comprenons bien le système de M. Desbois, il y aurait fraude à la loi dans le fait de changer de nationalité en vue d'obtenir un divorce prohibé pour des raisons morales par la loi originaire ; mais au contraire, ne constituerait pas une fraude le fait de se faire naturaliser Allemand pour faire convertir sans délai une séparation de corps en divorce, résultat qu'on aurait obtenu sûrement en France au bout de trois ans.

Cette explication théorique se heurte à cette objection que la cause illicite a pour sanction la nullité absolue de l'acte ; or cette sanction est souvent irréalisable et presque toujours

(1) Desbois, *La notion de fraude à la loi et la jurisprudence française*, p. 37.

excessive. Notamment il n'appartient pas à nos tribunaux d'annuler cet acte de droit public que constitue une naturalisation obtenue par des Français en pays étranger ; ils se contentent de s'opposer à ce que cette naturalisation, faite en fraude de la loi française, produise en France l'effet qu'on s'était proposé comme but ; et c'est seulement dans cette mesure qu'ils méconnaissent cette naturalisation. Le système de M. Desbois n'est donc pas adéquat à la réalité.

D'autres auteurs ont essayé, toujours sur un terrain d'ordre psychologique, d'analyser la notion de fraude à la loi ; mais ils s'arrêtent généralement en cours de route, en ce sens qu'ils se bornent à la définir, mais ne cherchent pas à en donner une explication théorique. C'est ainsi que M. Ripert, ramenant la fraude à la loi aux manœuvres accomplies en vue d'éluder une règle obligatoire, écrit « ... Toute personne a le droit, dans les conditions prévues par la loi, de se placer sous la protection de la loi qui lui paraît la meilleure ; et quand elle fait cet acte, elle est mue évidemment par l'intention d'écarter la loi qui lui est normalement applicable. Pour que cette intention soit frauduleuse, il faut qu'elle soit coupable. *La culpabilité consiste non à écarter la loi, mais à se dégager du devoir* » (1).

Pillet, qui voit dans la fraude à la loi un manque de sincérité, ne s'explique pas, lui non plus, sur la nature juridique de ce concept (2).

Cette explication théorique de la fraude à la loi, un grand nombre d'auteurs vont la prendre dans la théorie de l'abus du droit. Les partisans de cette doctrine disent qu'il y a fraude à la loi dès que les droits ne sont plus exercés pour des fins légitimes et qu'ils sont détournés de leur but normal. Ainsi et sans aucun doute, le changement de nationalité est bien l'exercice d'un droit ; mais encore faut-il qu'il ne soit pas opéré dans le but de se soustraire à l'application d'une loi qui prohibe ou restreint le fonctionnement d'une institution déterminée. « Il est admis,

(1) Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, p. 315.
(2) Pillet, *Principes*, p. 606.

écrit M. Josserand, tant en jurisprudence qu'en doctrine, que la naturalisation est inopérante lorsqu'elle tend, dans la pensée de celui qui l'a cherchée, à échapper à l'application des lois françaises pour obtenir un résultat auquel celles-ci s'opposent : exonération des charges militaires, mariage clandestin, divorce plus facile. De telles facilités peuvent bien être la *conséquence* d'un changement de nationalité, elles ne sauraient en constituer le *but*, la raison d'être ; elles seront obtenues par surcroît, à la suite d'une naturalisation régulière ; elles ne doivent pas déclencher la volonté de changer de patrie, volonté qui en deviendrait incorrecte, illicite et inopérante (1) ».

M. Esmein rapproche pareillement les deux notions, qui d'après lui s'identifient. « Je puis, dit-il, conclure que les concepts de fraude et d'abus des droits, ramenés à leurs dimensions exactes, se recouvrent exactement » (2).

La même explication théorique se retrouve sous la plume de M. Politis, qui écrit : « C'est encore de la notion d'abus du droit que s'inspire en droit international privé la théorie spéciale de la fraude à la loi » (3).

M. Valéry considérant les sujets d'un Etat comme les membres d'une société, fait appel à l'article 1869 du Code civil et enseigne qu'une personne ne peut se séparer de sa nation à contre-temps et de mauvaise foi (4). Comme l'article 1869 n'est lui-même qu'un cas particulier de la théorie de l'abus des droits, on voit que cette explication se ramène à celle que nous venons d'exposer avec M. Josserand.

Nous croyons enfin pouvoir classer dans le même groupe, mais avec une nuance un peu particulière, M. Ligeropoulo, qui propose la formule suivante : « Il y a fraude à la loi toutes les fois que, par des actes réels et volontaires, quoique parfois non intentionnels, on crée une situation conforme à la loi prise dans

(1) Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, n° 200.

(2) Esmein, *La fraude dans les actes juridiques, Répert. pratique du notariat et de l'enregistrement*, 1933, p. 137 et suiv., 169 et suiv.

(3) Politis, *Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus des droits dans les rapports internationaux*, p. 87.

(4) Valéry, *op. cit.*, n° 207.

sa lettre, mais la violant néanmoins dans son esprit » (1). Cet auteur, adoptant une conception objective de l'abus du droit, estime que cet abus existe toutes les fois qu'une loi se trouve déviée de son but et méconnue dans son esprit, alors même que ce n'est pas le résultat d'une manœuvre intentionnelle. Il reconnaît d'ailleurs que sa formule « englobe même les fraudes à la loi sans fraude ». Il développe cette idée que les dispositions impératives et prohibitives doivent être nécessairement sanctionnées, et que les juges doivent, par interprétation des textes, se reconnaître le pouvoir d'empêcher non seulement la violation directe, mais aussi la méconnaissance par des voies détournées ; que par suite, l'abus du droit, dont la fraude à la loi n'est qu'un cas spécial, ne suppose pas nécessairement qu'on ait eu pour *but* de tourner la loi, mais qu'il existe aussi lorsque l'inobservation de la règle légale est la *conséquence* des actes accomplis même sans dessein prémédité (2).

Nous ne pouvons souscrire à cette formule de « fraude à la loi sans fraude ». Elle nous paraît contradictoire. Pour nous, l'abus du droit et la fraude à la loi supposent nécessairement un élément intentionnel. Autant on comprend que les juges d'un pays qui prohibe le divorce réagissent contre la manœuvre du sujet qui s'est fait naturaliser à l'étranger *pour* divorcer, autant il serait inadmissible qu'ils méconnaissent le divorce obtenu par un individu qui, une fois devenu étranger, s'est avisé *après-coup* de profiter de cette situation pour faire dissoudre son mariage. Nous nous rallions donc à l'opinion de M. Josserand, pour qui un élément intentionnel est nécessairement à la base de la théorie de l'abus du droit et, par conséquent, de celle de la fraude à la loi. Nous allons voir d'ailleurs que son système est conforme à la réalité jurisprudentielle. Spécialement dans la matière du divorce on relève dans les jugements des considérants ainsi conçus : « L'acquisition d'une nationalité étrangère dans de telles conditions (c'est-à-dire pour divorce) ne saurait constituer l'exercice légitime d'une faculté conférée par la loi... Elle

(1) Ligeropoulo, *op. cit.*, p. 60.
(2) Ligeropoulo, *op. cit.*, p. 74 et suiv.

n'en serait que l'abus » (1) ou encore : « L'acquisition d'une nationalité étrangère doit constituer, de la part du Français qui l'obtient, l'exercice d'un droit légitime et non l'abus d'une faculté que cesserait par la même de couvrir la protection légale » (2).

II. — *Examen jurisprudentiel.*

L'exception de la fraude à la loi n'est généralement pas soulevée par les tribunaux français, quand ils sont saisis d'une demande en divorce par des plaideurs qui n'ont acquis la nationalité française que depuis peu ; dans cette hypothèse les tribunaux font application purement et simplement de la loi française, sans rechercher si la naturalisation a été demandée et obtenue en vue de se soustraire à une loi étrangère hostile au divorce. Cependant, dans une affaire récente, le Tribunal civil d'Aix a estimé que « les juges saisis ont le droit de rechercher tout au moins dans les faits postérieurs au décret de naturalisation, si la nationalité nouvelle a été acquise non pour ses fins naturelles, mais uniquement pour écarter les dispositions de la loi normalement compétente ; que le tribunal pourrait, sur ce seul motif, se refuser à tenir compte de la naturalisation ainsi obtenue » (3). Mais telle ne paraît pas être la manière de voir habituelle de nos tribunaux dont les décisions, s'agissant d'une demande en divorce formée par un nouveau Français ne contiennent en général aucune allusion, au caractère frauduleux ou non de la naturalisation.

On peut se demander, dans le même ordre d'idées, quelle serait l'attitude des tribunaux français à l'égard d'une demande de divorce qui serait formée par des étrangers dont la nationalité actuelle, récemment acquise, leur conférerait un statut personnel moins restrictif que le précédent. Supposons, par

(1) Seine, 10 mars 1876, affaire *Beauffremont. Cl.*, 1878, p. 350.
(2) Seine, 31 janvier 1877, affaire *Vidal.* S. 79.2.205.
(3) Aix, (aff. *Depetris*) 23 janvier 1928. D. H. 1928, p. 283. *Rev.*, 1928, p. 647. *Cl.*, 1928, p. 1196.

exemple que d'anciens Italiens, naturalisés suisses depuis peu de temps, agissent en divorce devant le Tribunal français de leur domicile : si ce tribunal se déclare compétent, rechercherait-il s'il y a fraude à la loi italienne et, cette fraude une fois établie, rejetterait-il la demande en divorce ? Nous ne connaissons aucune décision sur ce point. Il est probable que le tribunal français ne s'inquiéterait pas de cette question, parce que la jurisprudence, comme nous venons de le constater, ne se préoccupe guère que de la fraude à la loi française. Si les tribunaux français paraissent faire rarement appel à la théorie de la fraude à la loi pour repousser une demande en divorce, ils en usent, par contre, plus largement, semble-t-il, dans le domaine de la reconnaissance des jugements rendus hors de France. Encore faut-il faire ici une distinction suivant que la décision étrangère a eu pour effet de dissoudre un mariage contracté par deux époux ci-devant français ou simplement de mettre un terme à l'union conjugale de deux étrangers qui n'ont jamais eu la nationalité française. Dans le premier cas la France est le pays de l'ancienne nationalité ; dans le deuxième cas, elle est reléguée au rôle de pays tiers. Nous allons examiner successivement ces deux hypothèses.

La jurisprudence française n'offre, à notre connaissance, que peu d'exemples de la première d'entre elles, depuis que l'institution du divorce a été réintroduite en France par la loi de 1884. Celà s'explique aisément, d'une part, parce que la loi précitée a octroyé aux Français le droit au divorce dans une mesure déjà large, d'autre part, parce que les tribunaux en ont interprété les dispositions d'une façon si extensive, que pratiquement tout fait impliquant faute est susceptible de constituer une injure grave, c'est à dire une cause de divorce. Aussi, l'éventualité d'un changement de nationalité en vue de divorcer se trouve-t-elle réduite au cas où l'un des époux désire obtenir le divorce pour une cause qui exclut toute idée de faute, par exemple pour maladie mentale incurable de l'autre conjoint (1).

(1) Article 141, Code civil suisse.

Supposons qu'un mari Français acquière soit seul, soit avec sa femme en état de démence, la nationalité suisse, obtienne consécutivement dans sa nouvelle patrie un jugement de divorce motivé par la maladie mentale dont sa femme est atteinte ; pourra-t-il revendiquer en France la validité de cette décision étrangère et y contracter par exemple un nouveau mariage ? Un autre cas, qui s'est présenté depuis 1884 est celui d'une femme française séparée de corps qui, pour ne pas avoir à demander en France la conversion en divorce, facultative à cette époque pour le Tribunal, s'était fait naturaliser en Saxe et s'y était remariée. Sur une action en nullité intentée contre ce mariage, la femme opposa que la loi saxonne assimilait la séparation de corps au divorce ; mais le Tribunal de la Seine, par jugement du 3 janvier 1896 décida, qu'à supposer exacte cette allégation, il y avait en l'espèce fraude à la loi française et que la femme ne pouvait se prévaloir des facilités plus grandes qu'elle aurait acquises par cette naturalisation pour contracter un second mariage (1).

Pour résoudre le problème de la fraude à la loi, tel qu'il se pose actuellement en matière de divorce et de séparation de corps, il convient de rappeler auparavant, pour s'en inspirer s'il y a lieu, la solution à laquelle s'étaient rangés avant 1884 les tribunaux qui eurent à connaître de la validité des divorces prononcés à l'étranger entre époux ci-devant français. A vrai dire, la jurisprudence française est, en cette matière, bien pauvre en espèces, qui présentent nettement le problème de la fraude à la loi, abstraction faite de toute autre considération.

Ainsi est-ce à tort, d'après nous, ou plus exactement sans nécessité, qu'elle a fait intervenir la théorie de la fraude à la loi pour refuser tout effet à une décision étrangère, alors qu'un seul des deux époux avait renoncé à la nationalité française et acquis corrélativement une nationalité étrangère : et cela d'autant plus que, dans la plupart des espèces dans lesquelles il n'y avait eu que naturalisation unilatérale, les juges ont très bien entrevu d'autres arguments dont la valeur n'était pas contestée à cette

(1) Seine, 3 janvier 1896 (aff. *Biard*), *Cl.*, 1899, p. 363.

époque, par exemple au cas de naturalisation de la femme à l'étranger, le défaut d'autorisation maritale ou de justice, ou encore dans tous les cas, le droit acquis à l'indissolubilité du mariage pour l'époux demeuré français.

Ces arguments, que nous aurons à examiner dans la seconde partie de notre travail, ont été employés par les tribunaux cumulativement avec celui de fraude à la loi, pour refuser tout effet en France au jugement de divorce obtenu dans l'Etat de Saxe-Altenbourg par la Princesse de Beauffremont après sa naturalisation (1).

Nous n'avons pas à les discuter, en ce moment ; mais nous pouvons dire dès maintenant que lorsqu'un seul des époux a changé de nationalité, il n'est pas nécessaire de recourir à l'idée de fraude à la loi pour refuser de reconnaître le jugement de divorce obtenu par lui contrairement à la loi qui est restée la loi nationale de son conjoint. A supposer aujourd'hui qu'un mari se fasse naturaliser à l'étranger pour obtenir plus facilement le divorce, le tribunal saisi pourrait fort bien, sans faire intervenir la fraude à la loi dans le débat, refuser tout effet en France au jugement qu'il aurait obtenu hors de France contre sa femme demeurée française, pour cause par exemple d'aliénation mentale (2).

(1) Seine, 10 mars 1876. *Cl.*, 1876, p. 350. — Paris, 17 juillet 1876. D. 1878. 2.1 (note Cazalens). — Req., 18 mars 1878. D. 1878.1.201. — V. aussi Req., 16 décembre 1845 (*Plasse c. Magnard*). D. 1846.1.7. — Civ., 19 juillet 1875 (aff. *Ramondenc*). D. 1876.1.5.

(2) Depuis 1884, il y a pourtant un cas, d'ailleurs plus théorique que pratique, où il pourrait être utile de faire appel à la notion de fraude à la loi, en présence d'une naturalisation obtenue par l'un des époux à l'étranger. Nous songeons à l'hypothèse, inverse de celle de l'affaire *Beauffremont*, où l'un des conjoints, ayant à craindre une action en divorce, se serait intentionnellement placé sous l'égide d'une législation comme celle de l'Italie, imposant l'indissolubilité du mariage. Un tribunal français, saisi d'une demande en divorce par l'autre conjoint, pouvait invoquer la fraude à la loi pour rejeter l'exception que le défendeur tirerait de son nouveau statut personnel. Notre jurisprudence, comme on le verra ci-après (2e partie), n'a pas besoin de faire appel ici à l'idée de fraude, puisque, dans tous les cas, elle déclare recevable la demande en divorce formée par le conjoint demeuré français. Mais si l'on estime que cette demande est en principe irrecevable, la notion de fraude à la loi apporterait un utile tempérament à cette solution. Nous y reviendrons dans le titre III de cette première partie.

Il en va tout différemment quand les deux époux ont acquis ensemble une nationalité nouvelle et fait prononcer dans leur nouvelle patrie le divorce conformément aux dispositions du statut personnel qui les régit désormais. Il devient alors indispensable, pour faire échec, du moins sur le territoire du pays de l'ancienne nationalité, à la décision obtenue après naturalisation, de faire appel à la théorie de la fraude à la loi, qui apparaît dans ce cas à l'état pur, sans interférences d'aucune autre construction juridique.

C'est encore à la jurisprudence française antérieure à 1884 qu'il faut se reporter pour être mis en présence d'hypothèses caractéristiques de fraude à la loi. L'une, l'affaire *Vidal*, est bien connue : dans le cours de la même année, les époux Vidal se firent naturaliser Suisses et obtinrent leur divorce. M^me^ Vidal s'étant remariée peu après en France, la question se posa de savoir si son deuxième mariage était valable. Le Tribunal de la Seine (1) puis la Cour de Paris se prononcèrent pour la nullité du mariage et, par là même, pour l'inefficacité de la décision suisse, attendu que « les époux ont sollicité la nationalité suisse et poursuivi leur divorce par suite d'une action concertée entre eux, dans le but de faire fraude au principe de la loi française qui consacre l'indissolubilité du lien conjugal ; que ni l'un ni l'autre n'ont acquis la nationalité suisse en vue d'exercer désormais tous les droits qu'elle confère et sous la charge d'accomplir les obligations qu'elle impose » (2). Une argumentation toute semblable se retrouve dans l'affaire *Gravelle des Vallées*, dans laquelle les deux époux avaient également acquis une nationalité étrangère en vue de divorcer (3).

Nous nous sommes bornés jusqu'à présent à rechercher dans quelle mesure les tribunaux français ont limité et limiteraient, le cas échéant, par la théorie de la fraude à la loi la reconnaissance des jugements de divorce obtenus à l'étranger par deux époux ci-devant français ou même par un seul d'entre eux, bien que

(1) Seine, 31 janvier 1877. S. 1879.2.205.
(2) Paris, 30 juin 1877. D. 1878.2.6.
(3) Seine, 28 août 1878. *Cl.*, 1878.602.

dans ce dernier cas il n'y ait pas lieu, à notre avis, de faire intervenir la notion de fraude à la loi. Il nous reste maintenant pour en finir avec l'examen de la jurisprudence française, à montrer dans quelles conditions nos tribunaux recourent encore à cette théorie pour faire échec même à des décisions rendues hors de France entre étrangers qui n'ont jamais eu la nationalité française, c'est-à-dire dans des cas où la France ne joue que le rôle d'un pays tiers. On conçoit fort bien qu'un tribunal français s'efforce de faire respecter la loi, quand il s'agit de la loi propre ; on ne peut qu'approuver l'attitude d'un tribunal français, quand il cherche, grâce à la théorie de la fraude à la loi, à limiter sur le territoire français l'atteinte qu'a subie l'autorité de la loi française, par le moyen d'une naturalisation sollicitée en vue de divorcer. Mais appartient-il également aux juges français de considérer comme sans effet en France un jugement de divorce obtenu en Suisse par des nationaux suisses ci-devant italiens, sous prétexte que les époux ont fraudé la loi talienne ?

C'est là une autre question qui ne paraît pas s'être présentée, du moins dans des termes aussi précis, devant nos tribunaux. En effet, à notre connaissance, les seules espèces dans lesquelles ces derniers ont été amenés à faire usage du concept de fraude à la loi sont relatives à des changements de domicile opérés en vue de tourner une loi qui déterminait le statut personnel par le domicile.

On sait que ce principe a été adopté notamment par le Code civil argentin ; mais les lois argentines prohibent par ailleurs le divorce. Il suit de là logiquement qu'il suffit à des époux Argentins, désireux de divorcer, de transporter leur domicile dans un pays où cette prohibition n'existe pas et d'y obtenir le divorce conformément aux lois locales, qui, en raison du renvoi qu'édicte la loi argentine, deviennent leur statut personnel. Encore faut-il que le changement de domicile ait un caractère réel et non fictif ; dans cette dernière hypothèse, les époux courront le risque de voir la décision, qu'ils ont obtenue, contestée quand ils se proposeront de la faire valoir, par exemple, à l'occasion d'un remariage.

C'est précisément à ce propos que les tribunaux français ont été appelés à apprécier la validité d'un divorce prononcé à l'étranger entre époux argentins conformément à la loi de leur nouveau domicile. Dans une première espèce, le Tribunal de la Seine constate effectivement que les époux *Machaïn-Cueto* ont obtenu le divorce aux Etats-Unis en fraude de la loi argentine, notamment en ceci que le mari n'avait jamais eu de domicile réel dans ce dernier pays. Mais le tribunal tient cependant ce divorce pour valable en France et refuse d'annuler le mariage contracté subséquemment par la dame *Machaïn Cueto* (1).

A s'en tenir à cette décision, il semble bien que les tribunaux français évitent de faire usage du concept de fraude à la loi quand il ne s'agit pas d'une fraude à la loi française. Cependant, dans une espèce analogue, plus récente, la même juridiction a refusé de donner effet en France à un divorce prononcé entre époux Argentins par le tribunal de Monaco, conformément à la loi monégasque. Il est vrai que, dans cette affaire, que nous avons déjà signalée (2), l'intérêt français était mis en jeu du fait que l'épouse Argentine divorcée se proposait de contracter mariage avec un sujet Français. Le Tribunal de la Seine, puis la Cour de Paris, qui eurent à connaître de ce litige à la suite d'une demande en mainlevée de l'opposition formée à ce mariage, retinrent cette fois-ci la fraude à la loi argentine, fraude qui résultait de ce que le divorce avait été obtenu en laissant croire au Tribunal de Monaco que le mari avait bien transporté son domicile dans la Principauté et se trouvait ainsi, aux termes de la loi argentine, soumis aux lois monégasques qui autorisent le divorce. Les tribunaux français n'ont pas hésité à voir dans ces faits une fraude à la loi argentine et à la sanctionner en refusant d'autoriser le mariage projeté (3).

(1) Seine, 11 juillet 1918. *Rev.*, 1919, p. 513.

(2) V. *supra*, p. 53.

(3) Aff. *de Luart*, Seine, 15 juillet 1929. *Cl.*, 1929, p. 1059 et Paris, 24 mars 1930. *Rev.*, 1930, p. 272 (consultation Niboyet). Comme il était devenu impossible pour les futurs époux de faire célébrer leur mariage en France, ils sont allés le faire célébrer aux Etats-Unis ; mais le Tribunal de la Seine a annulé ce mariage, entaché de fraude, par un jugement du 25 juillet 1930. *Rev.*, 1930, p. 688.

En définitive, la jurisprudence française, pour la reconnaissance des jugements étrangers de divorce, fait volontiers appel à la théorie de la fraude à la loi, quand la décision a été obtenue en fraude à la loi française. Elle paraît plus hésitante dans les cas où il y a eu fraude à une loi étrangère.

Section II.

Doctrine et jurisprudence à l'étranger.

Dans les pays dont les législations soumettent l'état et la capacité des personnes à la loi nationale, il est admis en général que la fraude à la loi accomplie en vue d'éluder une règle du statut personnel est de nature à justifier une dérogation à la loi nationale normalement compétente. Nous donnerons, plus particulièrement au point de vue du divorce et de la séparation de corps, un bref aperçu des conceptions étrangères sur la fraude à la loi, nous réservant d'examiner d'une façon un peu plus détaillée les systèmes allemand et italien.

La doctrine et la pratique belges se rapprochent à bien des égards de la conception française. Les auteurs sont partagés en ce qui concerne la possibilité de sanctionner la fraude à la loi ; certains d'entre eux se refusent à l'admettre (1) ; et ceux qui n'y sont pas hostiles ne sont pas d'accord sur la nature juridique de la fraude. Il convient à ce propos de mentionner l'explication donnée par Laurent, qui, par exemple, au cas de changement de nationalité, justifie la naturalisation frauduleuse par l'idée de simulation ; cette théorie, que nous n'avions pas encore signalée, ne nous paraît pas devoir être retenue : car la simulation suppose un tiers complice et on ne voit pas comment un Etat étranger accorderait une naturalisation fictive dans un but frauduleux (2).

(1) Rolin, *op. cit.*, t. I, p. 683, t. III, p. 10 et 291.

(2) Laurent, *Principes de droit civil*, t. II, n° 211. — Cette même théorie a été enseignée en France par Labbé dans les notes au S. 1876.2.289 et 1878.1.93.

M. Poullet est également favorable à la sanction de la fraude à la loi. La jurisprudence paraît au contraire, comme en France, manifester une tendance marquée à frapper la fraude à la loi, notamment en matière de divorce (1).

La jurisprudence brésilienne, étant donnée la rigueur, au Brésil, du principe de l'indissolubilité du mariage, ne saurait reconnaître un divorce obtenu à l'étranger par des Brésiliens, après naturalisation. Cependant des auteurs, notamment M. Clovis Belaviqua, admettent que des Brésiliens puissent arguer au Brésil d'un divorce obtenu à l'étranger (2). Ailleurs, la loi elle-même sanctionne la fraude à la loi par un texte général applicable à toute hypothèse notamment à celle de divorce frauduleux. Il en est ainsi au Chili (3) et en Suède (4).

En Autriche, la doctrine reste partagée ; la majorité des auteurs ne laisse aucune place à la théorie de la fraude à la loi (5) ; et ceux qui l'admettent en font reposer le fondement théorique sur l'idée d'ordre public. Quoi qu'il en soit, les tribunaux, après avoir longtemps refusé de donner effet aux divorces obtenus à l'étranger, notamment en Transylvanie, par des Autrichiens après naturalisation, ou encore après changement de religion, puisque la prohibition du divorce ne frappe que les catholiques, ne s'opposent plus aujourd'hui au maintien des divorces frauduleux (6).

Le droit allemand ne contient aucune disposition expresse relative à la fraude à la loi ; il n'a d'ailleurs pas été dans les intentions des rédacteurs du Code civil de 1900 de la consacrer par un texte ; ces derniers ont considéré au contraire qu'il appartenait au juge d'interpréter les faits et de dire, dans chaque cas, s'il y a ou non fraude. Mais si les auteurs admettent d'une façon générale que cette théorie ait un rôle à jouer en droit interne, la majo-

(1) Poullet, *Manuel de droit international privé*, 1928, p. 323 et 358.
(2) Clovis Belaviqua, *Répert.*, t. VI, v° *D. I. P. Brésil*, n° 43.
(3) *Répert.*, t. VIII, v° *Fraude à la loi*, n° 154.
(4) *Répert.*, t. VII, v° *D. I. P. Suède*, n° 6.
(5) Vetsch, *Die Umgehung des Gesetzes*, p. 149 et suiv.
(6) V. notamment Cour suprême d'Autriche, 11 juin 1907. *Cl.*, 1913, p. 227.

rité d'entre eux repousse la possibilité de sanctionner la fraude à la loi dans le domaine du droit international privé (1).

Au surplus, dans la matière du divorce, l'utilité de la théorie de la fraude à la loi est réduite par les dispositions de l'article 17 du Code civil allemand ; l'alinéa 1, qui ordonne d'apprécier la cause de divorce eu égard à la loi nationale du mari, enlève à la femme tout espoir de pouvoir obtenir en Allemagne un divorce après changement de nationalité ; une Espagnole fût-elle devenue Suissesse, ne pourra divorcer si son mari est demeuré Espagnol. La fraude à la loi ne peut donc être que le fait, ou bien des deux époux après naturalisation bilatérale, et dans ce cas, les tribunaux allemands n'en tiennent aucun compte, ou bien du mari seul, et dans cette deuxième hypothèse, l'alinéa 2 du même article exige que, s'il y a eu changement de nationalité, la cause invoquée existe dans le statut personnel antérieur, si les faits incriminés se sont produits avant le changement de nationalité. Si le mari invoque une cause dont la naissance est postérieure à l'acquisition de la nouvelle nationalité, les tribunaux allemands appliquent purement et simplement l'alinéa 1 de l'article 17, sans analyser le but de la naturalisation. Les mêmes principes s'appliquent en cas de changement de nationalité opéré en vue d'éviter l'exercice d'une action en divorce (2).

Il est particulièrement intéressant d'examiner comment la notion de fraude à la loi a été, d'une façon générale et plus spécialement en notre matière, accueillie en Italie par les auteurs et par les tribunaux. On sait, en effet, que le divorce demeure prohibé dans ce pays ; aussi n'est-il pas rare que des époux, désireux d'éluder une disposition gênante de leur loi nationale, aient recours à un changement de nationalité dans le seul but d'obtenir à l'étranger la dissolution de leur mariage. Cependant, pour être complète, la comédie judiciaire doit comporter encore deux actes : il importe d'abord que les intéressés fassent reconnaître

(1) Savigny, *op. cit.*, t. VIII, n° 382. — Von Bar, *op. cit.*, t. I, n° 122. — Niemayer, *Internationales Privatrecht*, p. 116. — *Contra* : Kohler, *Studien über mental Reservation*, p. 140.

(2) *R. G.*, 19 octobre 1907. *Cl.*, 1908, p. 1186. — Cpr. *supra*, p. 199, note 2.

en Italie la validité du divorce ainsi acquis ; cela fait, il leur reste à solliciter leur réintégration dans la nationalité italienne. Si tout se passe normalement, ils seront libres désormais de contracter une nouvelle union. Mais la question s'est posée, tant en doctrine qu'en jurisprudence, de savoir si le caractère frauduleux de ces opérations n'appelle pas une sanction et, le cas échéant, à quel moment celle-ci doit s'exercer.

Ce problème a soulevé en doctrine de très vives controverses. Tout d'abord, un assez grand nombre d'auteurs sont hostiles à toute intervention de l'idée de fraude à la loi, notamment en notre matière. Ils ne font d'ailleurs que reprendre des arguments déjà exposés : on ne peut parler de fraude quand il y a eu exercice d'un droit conféré par la loi. En outre, il serait arbitraire que des juges, requis de donner effet en Italie à un jugement étranger de divorce, entreprennent une recherche d'intention et fassent reposer leur décision sur les résultats d'une analyse psychologique. Aussi ces auteurs sont-ils opposés à toute sanction : non seulement le divorce acquis à l'étranger par des ex-italiens doit être tenu pour valable, mais encore ne doit-on pas leur en faire grief quand ils sollicitent leur réadmission dans la nationalité italienne (1).

Une partie de la doctrine accorde au contraire une place à la notion de fraude à la loi ; mais des divergences naissent entre les auteurs de cette catégorie, quand il s'agit de déterminer le moment auquel on doit sanctionner la fraude. Les uns sont partisans d'une sanction judiciaire, estimant que le fait de demander l'exequatur de la décision obtenue à l'étranger après naturalisation est l'élément constitutif de la fraude (2). A cela, on objecte que l'exequatur peut être demandé pour de simples raisons patrimoniales, abstraction faite de toute idée de réintégration, et qu'il serait arbitraire de le refuser. Aussi la majorité des

(1) Rotondi, *Gli atti in frode alla lege*, p. 208. — Ferrara, *La simulazzione nei negozii giuridici*, p. 73.

(2) Fedozzi, *La frode alla lege nei rapporti di diritto internazionale privato. Riv. ital. per la scienze giuridiche*, 1900, I, p. 354. — Fiore, *Du changement de nationalité opéré en fraude à la loi. Cl.*, 1910, p. 753. — Gabba, note au *Foro ital.*, 1906.1.467

auteurs préconise la sanction administrative (1) ; pour eux, la fraude consiste à vouloir cumuler avec le bénéfice d'une loi étrangère contraire à une loi italienne d'ordre public le bénéfice de la nationalité italienne. La sanction doit, dans ces conditions, consister non pas à refuser l'exequatur du jugement étranger de divorce, mais à refuser aux divorcés la réacquisition de la nationalité italienne. Et rejoignant ceux qui écartent la fraude du domaine juridique, certains partisans de la sanction purement administrative disent que l'on peut, sans faire intervenir la notion de fraude qui évoque une idée de vengeance, baser ce refus très juridiquement sur ce que la mention d'un divorce mettant fin à un mariage ne peut figurer dans les registres de l'état civil que s'il s'agit d'étrangers : d'où il résulte qu'il est impossible d'être Italien et de figurer en même temps sur ces registres comme divorcé (2). On ne peut nier toutefois que le système de la sanction administrative présente un grave inconvénient : elle opère en effet à l'égard des individus qui sollicitent leur réintégration ; mais, si une ex-italienne divorcée se remarie à l'étranger avec un Italien et que le ménage transporte son domicile en Italie, elle acquerra à nouveau la nationalité italienne, sans que le Gouvernement puisse s'y opposer (3).

Ces divergences doctrinales n'ont pas été de nature à faciliter la tâche des tribunaux, dont la jurisprudence comporte des décisions nombreuses, mais contradictoires. Il faut en rechercher l'inspiration dans deux arrêts de principe, rendus sensiblement à la même époque, mais dans des sens différents, par deux Cours de cassation également souveraines. Le plus ancien d'entre eux, rendu par la Cour de cassation de Turin retient le caractère frauduleux du divorce obtenu à l'étranger par des Italiens naturalisés et refuse de délivrer l'exequatur. Un bon nombre de juridictions

(1) Ascoli, *La frode alla lege. Riv. di dir. civ.*, 1917, p. 114. — Ottolenghi, *La frode alla lege e la questione dei divorzi fra Italiani naturalizzati all'estero* ; V. analyse dans *Rev.*, 1909, p. 1037. — Fortunato, *Effets juridiques en Italie des jugements étrangers de divorce. Cl.*, 1914, p. 420.

(2) Siotto Pintor, *Il divorzio dei Italiani naturalizzati stranieri* ; extrait des *Annales de l'Université de Pérouse*, nouv. série, t. I, fasc. 1, 1905.

(3) Diena, *op. cit.*, Rec. des cours de La Haye, 1927, t. II, p. 422.

se conformèrent à cet arrêt (1) ; certaines décisions impliquent toutefois que si la résidence avait été transportée à l'étranger même temporairement, l'exequatur aurait été obtenu (2). Par contre, la Cour de cassation de Florence jugea que « le magistrat Italien peut, sans violer aucune disposition d'ordre public du royaume, déclarer exécutoire en Italie un jugement étranger de divorce prononcé entre étrangers, qui s'étaient mariés en Italie étant encore citoyens Italiens et ordonner, en conséquence, mention du jugement en marge de l'acte de mariage ». Cet arrêt obtint l'adhésion de plusieurs Cours d'appel : et la pratique s'établit de s'adresser de préférence aux juridictions de cette catégorie (3).

Mais c'est avec l'occupation de Fiume par les troupes italiennes que la fraude à la loi devait, en matière de divorce, se manifester de la plus belle façon (4). Profitant de ce que cette ville demeurait soumise à la législation hongroise, bon nombre d'Italiens devinrent citoyens fiumains dans le seul but de divorcer ; et bien des jugements de divorce ainsi obtenus furent rendus exécutoires en Italie, motif pris notamment de ce que l'institution du divorce n'était pas contraire à l'ordre public italien (5).

(1) Cass. Turin, 21 nov. 1900. *Cl.*, 1901, p. 392. — Cour Florence, 13 mai 1902. *Cl.*, 1905, p. 441. — Cour Lucques, 3 juillet 1903, S. 1906.4.5. — Cour Turin, 22 juillet 1912 (*Guicciardini c. Mario Moreno*). *Rev.*, 1914, p. 190. — Cass. Rome, 13 nov. 1919. *Cl.*, 1920, p. 271.

(2) Cour Turin, 11 avril 1921 (*Perelli c. Benzoni*). *Cl.*, 1922, p. 194.

(3) Cass. Florence, 6 déc. 1902 (*Kassatkin c. Manassei*). *Cl.*, 1903, p. 910. — Cour Bologne, 21 juin 1911 (*Burdese-Ghigi*). *Rev.*, 1914, p. 189. — Cass. Rome, 30 déc. 1911 (*Kassatkin c. Manassei*). *Rev.*, 1914, p. 189. — Cour Rome, 2 avril 1918 (*Magnani c. de Lorenzi*) et Cour Naples, 25 février 1920 (*Detken c. Werner*). *Rev.*, 1920, p. 498. — La cour de Milan avait été, pour justifier sa compétence, jusqu'à prétendre que « le lieu d'exécution d'un jugement étranger est toute localité où l'époux divorcé invoque et fait valoir dans un but quelconque l'état de liberté dont il jouit désormais. » Cette décision fut cassée par un arrêt de la Cour de Turin du 1er août 1922. *Cl.*, 1923, p. 391.

(4) Regis Revol, *Les divorces de Fiume*. Th. Aix, 1925.

(5) Ainsi jugé dans Lucques, 21 déc. 1921 (*Sabbasini c. Chiantoni*). *Cl.*, 1922, p. 1049. En note, M. Valéry fait observer que cette décision viole l'autorité de la chose jugée, Milan ayant statué antérieurement en sens contraire : V. *infra*, note 4. — V. encore Cour Milan, 24 nov. 1920 (*Connio c. del Vecchio*). *Cl.*, 1921, p. 624. — Palerme, 29 juillet 1921 (*Stassi c. Simoncelli*) et Parme, 14 mars 1922 (*Vecchi c. Casalini*). *Cl.*, 1922, p. 1049. — Gênes, 14 juillet 1925

Mais une réaction très vive se manifesta ; et on chercha à refuser l'exequatur sans toutefois faire nécessairement appel à l'idée de fraude à la loi. On recourut pour cela aux lois italiennes sur la nationalité, desquelles il résulte que l'acquisition d'une nationalité étrangère par un Italien est liée à son établissement effectif à l'étranger (1). Or cette condition était rarement remplie (2).

L'affaire des divorces fiumains ne prit fin qu'avec l'accord du 27 janvier 1924, aux termes duquel Fiume était annexé à l'Italie à dater du 22 février suivant. Un décret du 30 mars déclara valables en Italie les jugements de divorce déjà prononcés, mais mit fin aux instances en cours (3).

Depuis lors, les tribunaux italiens sont saisis beaucoup plus rarement de demandes d'exequatur formées dans les conditions que l'on sait. Celles-ci sont d'ailleurs généralement mal accueillies. Ce n'est pas que l'on ait recours pour les rejeter à l'idée de fraude à la loi, à laquelle les juridictions italiennes ne paraissent guère désireuses de faire appel. Tantôt on relève que les intéressés n'ont pas cessé d'être Italiens, et cela parce qu'ils n'ont pas transporté effectivement leur résidence à l'étranger (4). Tantôt on tire argument de ce que le jugement de divorce a été obtenu dans un pays qui n'a pas adhéré à la Convention du 12 juin 1902 (5). Enfin, il a été jugé que l'éxéquatur doit être refusé, bien

(*Varazziana c. Gonzaga*). *Cl.*, 1924, p. 784. — Cass. Rome, 3 avril 1928 (*Orlando c. Aducci*). *Annuario di diritto comparato*, t. IV-V, partie III, p. 674.

(1) Art. 8, l. 13 juin 1912.

(2) Milan, 7 déc. 1916 (*Perelli-Paradisi c. Bozzoni*). *Cl.*, 1918, p. 312. — Cass. Turin, 6 juin 1919 (*Boniechi c. Mezaadri*). *Cl.*, 1920, p. 271. — Milan, 24 juin 1921(*Sabbasini c. Chiantoni*). *Cl.*, 1922, p. 1049. — Cour Casale, 30 juin 1920, *Giur. ital.*, 1920, 2, p. 36. — Cour Milan, 7 juin 1922 (*Botto c. Sampini*) et Cour Rome, 30 novembre 1922 (*Mazziale c. Visentini*). *Cl.*, 1923, p. 659. — V. encore dans la *Revue*, 1923-1924, p. 116, les arrêts suivants : Cour Rome, 23 janvier 1923 (*Saccomanni c. Cardini*). — Cour Florence, 10 mars 1923 (*Pareto c. Bakounine*). — Cour Ancône, 19 mai 1923 (*Omiccioli c. Galbucci*). — Cour Gênes, 24 mai 1923 (*Brucco c. Combiaso*). — Cour Bologne, 14 juin 1923 (*Turbiani c. Galloni*).

(3) V. à ce sujet Valéry, *La fin des divorces fiumains*. *Cl.*, 1924, p. 802.

(4) Cour Naples, 28 juin 1929 (*Errico-Bellusi Sesso*). *Cl.*, 1930, p. 216. — Cour Turin, 24 avril 1931 (*Ronetto c. Sobrile*). *Cl.*, 1932, p. 222. — Cass., 8 juin 1932 (*Sobrile c. Ronetto*, motifs). *Riv. d. dir. intern.*, 1933, p. 91.

(5) Cour Messine, 4 juin 1928 (*Fornaro c. Amandolio*). *Cl.*, 1930, p. 245.

que le divorce ait été prononcé dans un pays adhérent, si le mariage des époux ci-devant Italiens désormais divorcés a été célébré dans les formes catholiques. En recourant ainsi à l'exception de catholicité qu'ont rétablie les accords du Latran, on sanctionne une fraude à la loi, sans en faire état ouvertement (1).

A l'inverse, les autorités administratives n'hésitent pas, le cas échéant, à faire application de la théorie de la fraude à la loi pour rejeter les demandes de réintégration formées après exequatur. « Le Gouvernement doit apprécier, lit-on dans un avis du Conseil d'Etat du 17 octobre 1900, les causes qui ont amené le requérant à abdiquer la nationalité italienne et celles pour lesquelles il en sollicite le recouvrement ; s'il résulte de cette enquête qu'il ne s'est fait naturaliser à l'étranger que pour pouvoir y faire dissoudre son mariage par voie de divorce, que le but de cette expatriation a été uniquement de faire fraude à la loi italienne prohibitive du divorce, la permission sollicitée de rentrer en Italie après la dissolution du mariage à l'étranger peut et doit être refusée » (2) .

* * *

Une conclusion se dégage tout naturellement de cet exposé de droit comparé : en fait, le domaine d'application de la théorie de la fraude à la loi est en notre matière singulièrement restreint, puisque les tribunaux n'y font appel que pour limiter les effets d'un divorce déjà obtenu. Jamais, à notre connaissance, un tribunal n'a rejeté une demande en divorce motif pris de ce que les époux en cause s'étaient frauduleusement placés l'un et l'autre — seul cas envisagé — sous l'empire de la loi dont ils revendiquaient la compétence ; et il en est ainsi, que les époux

(1) Cour Trente, 26 février 1930 (*Tamanini c. Corio*). *Cl.*, 1931, p. 217. — V. *contra* : Rome, 17 juin 1930 (*Marozzo c. Basso*). *Cl.*, 1931, p. 218.

(2) *Cl.*, 1905, p. 1120. — V. encore, Conseil d'Etat, 13 déc. 1912. *Rev.*, 1914, p. 192. — Décret du Min. de l'Intérieur, 26 déc. 1913 (*Michieli c. Francesca*). *Rev* 1914, p. 199.

introduisent leur demande devant une juridiction de leur nouvelle patrie ou devant le tribunal d'un pays tiers. Nos tribunaux ont eu fréquemment à se prononcer sur des instances en divorce formées entre étrangers naturalisés français ; or il est sans exemple qu'ils aient jamais considéré comme frauduleuse la naturalisation obtenue en France ; et oublieux de l'attitude plus ferme qu'ils adoptaient avant 1884 à l'égard des Français qui s'étaient fait naturaliser à l'étranger, ils n'ont jamais fait de la fraude à la loi, souvent patente, une cause de dérogation à l'application de la loi française. Cependant, en bien des cas, la fraude était évidente ; qu'il nous suffise de rappeler que les époux *Burdese-Ghigi*, naturalisés français le 12 décembre 1908, c'est-à-dire aussitôt après les modifications de l'article 310 du Code civil, obtinrent du Tribunal de Nice dès le 29 mars de l'année suivante la conversion en divorce d'une séparation de corps par consentement mutuel homologuée par le Tribunal de Bologne le 26 août 1896. La naturalisation ne fut évidemment sollicitée que pour mettre à profit la réforme de l'article précité, instituant la conversion automatique à l'expiration d'un délai de trois ans, abstraction faite des circonstances de la séparation, qui, en l'espèce, n'aurait pu avant 1908 servir en France de base à une conversion. Le délai écoulé, en l'occurrence, depuis la naturalisation — moins de quatre mois — garantissait le but frauduleux du changement de nationalité ; mais le Tribunal de Nice, estimant qu'il n'était gardien que de la loi française, prononça néanmoins le divorce. Ajoutons que les faits devaient peu après confirmer la fraude : la Cour de Bologne rendait par un arrêt du 21 juin 1911 le jugement français exécutoire en Italie ; en 1912, les ex-époux étaient réintégrés dans la nationalité italienne (1).

En fait, la théorie de la fraude à la loi n'est donc mise en œuvre, en matière de divorce, que dans le pays de la loi nationale d'origine pour faire échec au divorce acquis à l'étranger après

(1) Nice, 20 mars 1909. *Cl.*, 1910, p. 111 ; V. *supra*, p. 150. — Cour Bologne, 21 juin 1911. *Rev.*, 1914, p. 189. V. encore *Rev.*, 1928, p. 330, note sous Nice, 23 octobre, 1927 (*Fossati c. Nardi*).

changement de nationalité. On pourrait être tenté, après l'analyse de l'affaire *Burdese-Ghigi*, de préconiser un usage plus étendu de l'idée de fraude à la loi ; mais cette proposition se heurterait à des objections d'ordre pratique et d'ordre théorique. On ne peut en effet contester que la part faite, dans la jurisprudence des divers pays, à la tendance internationaliste demeure bien mince ; aussi est-il douteux qu'un tribunal saisi d'une demande en divorce entre nationaux consente à écarter la compétence de sa loi propre pour assurer le respect d'une loi étrangère fraudée ; pareille préoccupation ne retiendrait pas davantage l'attention des juges, si la demande était portée devant les tribunaux d'un pays tiers. En outre et surtout, il n'y a certitude de fraude, à notre avis, que lorsqu'on prétend cumuler avec le bénéfice de sa loi nationale le divorce acquis contrairement à cette loi nationale sous l'empire d'une loi étrangère. Aussi sommes-nous portés à écarter la sanction judiciaire du refus d'exequatur ; on risque en effet de léser ainsi des intérêts parfaitement légitimes : des époux Italiens devenus Français sans arrière-pensée, et ensuite divorcés, peuvent désirer mettre fin à une copropriété portant sur des biens sis en Italie. Leur refuser l'exequatur serait injuste.

Seule, la sanction administrative nous paraît logique ; ainsi il eût été parfaitement normal que le Gouvernement italien ne donnât pas suite à la demande de réintégration formée par les époux Burdese-Ghigi. Le problème demeure toutefois une pure question de fait et reste en cela fort délicat ; car, à supposer qu'un délai de dix ou quinze ans se soit écoulé depuis le jugement d'exequatur, on concevrait mal qu'il fût fait grief au réquérant en instance de réintégration du divorce acquis sous l'empire d'une loi étrangère. Enfin la sanction gouvernementale présente une imperfection que nous avons déjà signalée : elle est inopérante quand une ex-nationale, divorcée à l'étranger, contracte un second mariage avec un ressortissant de son pays d'origine et que la loi lui confère *de plano* la nationalité de son nouveau mari. Il faudrait alors, à notre avis, laisser aux tribunaux le soin d'apprécier si les circonstances de fait sont ou non de nature

à entacher la validité de cette seconde union. Nous ne rejetons donc pas complètement toute sanction judiciaire de la fraude à la loi en notre matière. Mais nous pensons qu'elle ne doit intervenir qu'à titre exceptionnel et à défaut de toute autre sanction possible.

TITRE III

Du divorce et de la séparation de corps entre époux de nationalités différentes.

Nous avons montré jusqu'à présent comment, dans un groupe important de pays, la loi nationale régit l'état et la capacité des personnes et plus particulièrement détermine les causes de divorce ou de séparation de corps, à moins qu'elle ne prohibe purement et simplement l'une ou l'autre de ces institutions. Nous avons constaté également que le principe de la loi nationale est loin d'être absolu et que le jeu de certaines notions, renvoi, ordre public, fraude à la loi, dont la justification, soit théorique, soit pratique, s'avère souvent difficile, limite, élimine même parfois la compétence de cette loi pour y substituer celle de la *lex fori*.

Nous nous proposons d'examiner maintenant les difficultés spéciales au divorce ou à la séparation de corps entre époux de nationalités différentes, hypothèse particulièrement délicate qui se présente d'autant plus fréquemment à l'heure actuelle que les législations contemporaines admettent de plus en plus le droit pour la femme de rester maîtresse de sa nationalité. Notre intention n'est pas, dans ce cadre nouveau de reprendre par le détail les théories précédemment exposées ; mais, le cas échéant, nous ne manquerons pas de préciser les conditions particulières que leur transposition dans cet autre domaine impose à leur fonctionnement.

Cependant, avant d'entreprendre l'étude des problèmes que suscite le divorce ou la séparation de corps d'époux de nationalités différentes, nous devons, croyons-nous, répondre à une question

préalable, celle de savoir pourquoi il y a dualité de nationalité dans certains ménages. Ne peut-on pas se demander en effet, si, *de lege ferenda*, la solution des difficultés que nous aurons à élucider, ne réside pas plutôt dans une réforme des législations, accomplie dans le sens de l'unité de nationalité au sein du ménage ? C'est là un problème considérable et nous ne pouvons songer, dans le cadre nécessairement restreint de notre thèse, à discuter la valeur respective des principes d'unité ou de dualité de nationalité au sein du ménage. Cependant il nous paraît indispensable de préciser l'origine des ménages de nationalité différentes et de rechercher si, quant à la dissolution du mariage, il ne serait pas désirable de maintenir le principe classique de l'unité de nationalité des époux. Tel sera l'objet d'un chapitre premier, chapitre préliminaire.

Au terme de cet exposé, nous constaterons qu'en fait, la dualité de nationalité se produit, tantôt au cours du mariage soit par l'effet individuel de la naturalisation, soit par la réintégration de la femme dans sa nationalité d'origine, tantôt dès la célébration du mariage, parce que certaines législations conservent à la femme mariée sa nationalité primitive. Si l'on cherche, au cas où une demande en divorce est formée dans un tel ménage, à quelle loi attribuer compétence législative pour décider de sa recevabilité, il apparaît que, des deux hypothèses que nous venons de distinguer, la première est relativement aisée à résoudre : les époux ont eu, en effet, dans le passé une nationalité commune qu'on a cru, à tout ou à raison, pouvoir prendre en considération pour déterminer la loi applicable à la dissolution du mariage.

Au contraire, si les époux ont toujours eu des nationalités différentes, cet élément commun fait défaut et l'on ne voit plus à quel principe directeur faire appel pour déterminer la loi qui doit régir leur état et leur capacité.

Ces deux séries d'hypothèses dont la seconde paraît, en l'absence d'éléments juridiques communs, plus délicate à étudier, feront respectivement l'objet d'un deuxième et d'un troisième chapitres.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

COMMENT SE PRODUIT LA DIFFÉRENCE DE NATIONALITÉ ENTRE ÉPOUX ?

Jusqu'à une époque très récente, la différence de nationalité entre époux était demeurée une hypothèse assez rare, du fait que sa réalisation était en principe, mais non nécessairement, subordonnée à un changement de nationalité survenu dans la personne de l'un des époux au cours du mariage ; encore faut-il ajouter que, dans ce cas, la plupart des législations s'efforçaient d'éviter la dualité de statut national dans le ménage, soit en décidant que la femme devait toujours suivre la nationalité du mari, soit encore, envisageant la question sous un autre aspect, en exigeant que la femme désireuse d'acquérir une nationalité nouvelle obtînt auparavant l'autorisation maritale. Quant à l'effet du mariage sur la nationalité de la femme mariée, réserve faite de quelques législations américaines, il était admis d'une façon presque unanime, que la femme acquérait par le fait du mariage la nationalité de son époux.

L'adoption de ces règles par un grand nombre de législations ne laissait guère place à la dualité de nationalité entre époux : la nationalité du mari déterminait en principe la nationalité de la femme. Mais cette conception, qui procède à tort ou à raison de cette idée que la femme, en tant qu'incapable, est soumise à la protection du mari (1), tout comme le mineur l'est à la puissance du père, est à l'heure actuelle vivement com-

(1) Avant la loi du 17 novembre 1933, la femme anglaise, cependant pleinement capable, devait toujours suivre la nationalité du mari.

battue par les internationalistes dans son fondement théorique et écartée chaque jour davantage par les législateurs en droit positif. Sous l'influence d'un double courant, l'un féministe l'autre doctrinal (1), à la règle classique que nous venons d'énoncer se substitue le principe nouveau que chaque femme doit avoir comme chaque homme le droit de choisir librement son statut national et qu'une nationalité ne peut lui être imposée que de son consentement (2).

Marchant de pair avec l'émancipation juridique et sociale de la femme, une évolution s'est produite et se poursuit dans les législations contemporaines dont l'examen révèle un souci grandissant d'assurer à la femme son indépendance en matière de nationalité. Cette préoccupation apparaît, que l'on se place, comme c'est notre intention, soit au moment de la célébration du mariage, soit au cours du mariage, quand un changement de nationalité survient dans la personne de l'un ou de l'autre époux.

I. — *Effet du mariage sur la nationalité de la femme.*

La règle est demeurée longtemps incontestée que la femme devait en se mariant prendre la nationalité de son époux ; cette solution paraissait seule conforme au principe traditionnel de l'unité de nationalité au sein de la famille, principe que, notamment, les rédacteurs du Code civil avaient consacré en attribuant à la femme la nationalité qui était celle du mari au moment du mariage.

Personne n'aurait, à cette époque, songé à contester cette règle classique, seule conforme aux conceptions d'alors sur le mariage, que l'on définissait comme l'union de deux êtres dans laquelle la prééminence appartient à l'époux sur l'épouse (3).

(1) Calbairac, *Traité de la nationalité de la femme mariée*, p. 14 et s.

(2) Sur l'histoire de cette évolution, V. *Le changement de nationalité*, par Marc Ancel, dans *La Nationalité dans la science sociale et dans le droit contemporain*. Publication de l'Institut de Droit comparé de l'Université de Paris, p. 267 et s.

(3) Sur la substitution contemporaine du principe de dualité de nationalités

Théoriquement, le principe de l'unité de nationalité dans le ménage apparaît donc, dans la conception première, comme étroitement liée à cet autre principe, celui de la puissance maritale ; quand la femme accepte le mariage, elle est censée, en vertu d'une présomption irréfragable de volonté, accepter tout ce qui constitue le statut juridique de son mari, c'est-à-dire son nom, son domicile, et sa nationalité : la personnalité de la femme doit s'effacer devant celle de son époux. A vrai dire, les partisans actuels de l'unité de nationalité renoncent à cette explication théorique désuète, peu en rapport avec les conceptions modernes sur le mariage. Aussi, est-ce essentiellement par des considérations d'ordre pratique qu'ils s'efforcent de justifier leur thèse. Ils font observer tout d'abord combien il est désirable d'assurer dans le ménage une unité morale, qui ne peut se concevoir quand les époux sont de nationalités différentes ; il ne serait pas satisfaisant que la femme eut deux patries à servir, celle de son mari et la sienne propre ; comment procéder dans ces conditions à l'éducation des enfants ? On ajoute que, du point de vue économique, il y a intérêt, s'agissant d'un pays d'immigration, comme la France, à ce que la femme étrangère prenne la nationalité de son mari et vienne accroître la population. Enfin et surtout, on fait valoir qu'il est indispensable d'assurer une unité juridique pour fixer les effets du mariage ; comment déterminer par exemple le statut juridique d'une femme anglaise qui, épousant un sujet français, conserverait sa nationalité d'origine ? A quelle loi confier le soin de dire si le divorce demeure possible quand l'un des époux ressortissant à un pays dont la législation prohibe le divorce conserve sa nationalité primitive ? Introduire la dualité de nationalité dès la célébration du mariage, n'est-ce pas multiplier des conflits de lois dont la pratique révèle le caractère particulièrement délicat ?

Sous l'influence du mouvement féministe qui s'est affirmé depuis le début du XX^e^ siècle et surtout depuis la guerre, ces rai-

à celui de l'unité, voir notamment : Calbairac, *op. cit.*, p. 337 et s. — *Répert. de Droit international*, t. 9, v° *Nationalité*, n^os^ 129 et s.

sons ont cessé de paraître convaincantes à bon nombre d'auteurs, qui défendent le droit pour la femme de rester maîtresse de sa nationalité. Sans doute le fondement théorique du principe nouveau apparaît-il de beaucoup supérieur à celui de l'unité de nationalité ; on ne peut en effet prétendre logiquement que l'acceptation par la femme de la nationalité de son mari repose sur une volonté présumée de sa part. En fait, il y a bien souvent plutôt contrainte morale ou sacrifice qu'acceptation volontaire (1) ; en présence d'une alternative, la femme sacrifie sa nationalité à l'accomplissement d'une union désirée. D'ailleurs à supposer qu'il y ait volonté présumée, comment expliquer le caractère impératif de la disposition qui impose à la femme le changement de nationalité ? Ne serait-il pas logique de concéder à la femme le droit de renverser la présomption ? Quant aux arguments pratiques, il n'est pas certain, disent les adversaires du principe classique, que l'unité soit assurée dans un ménage dans lequel la femme a pris une nationalité qui ne répond pas à ses sentiments. En outre, attribuer automatiquement à l'épouse la nationalité de son mari, n'est-ce pas dangereux en ce sens que c'est introduire dans un pays, sans recours possible, un élément peut-être indésirable ?

Mais les partisans de la dualité ne peuvent nier que l'indépendance de nationalité entre époux soit une source de conflits de lois. Ils reconnaissent cet inconvénient, mais enseignent que les internationalistes ont déjà résolu des problèmes plus délicats et ne peuvent manquer de résoudre cette nouvelle difficulté. Au surplus, dit-on, les avantages de la dualité sont tels qu'ils compensent largement les inconvénients qui en résultent en droit international privé.

Quoi qu'il en soit, en présence de la multiplicité des systèmes proposés pour résoudre les conflits de lois nés de la dualité de nationalité dans le ménage, on peut se demander s'il était opportun de substituer, ainsi que l'ont fait les législations récentes, le principe nouveau de la dualité à la règle traditionnelle de l'unité.

(1) Calbairac, *op. cit.*, p. 340.

Il ressort toutefois d'un examen de droit comparé que le système de la dualité est encore loin d'être universellement admis. Tout d'abord, certains Etats, faisant abstraction des doctrines féministes demeurent fidèles au principe unitaire, en ce sens qu'appliquant intégralement le système classique, ils confèrent à l'étrangère qui épouse un ressortissant la nationalité de celui-ci, mais dénationalisent corrélativement et sans restriction la femme nationale qui épouse un étranger. Cette règle bilatérale dont l'application rigoureuse permettrait, si elle était universellement sanctionnée, d'unifier la nationalité des conjoints, a été adoptée notamment par la loi allemande du 22 juillet 1913 ; aux termes de l'article 6, l'étrangère qui épouse un Allemand acquiert, *ipso facto*, la nationalité allemande ; mais en contre-partie, en vertu de l'article 17 alinéa 6, l'Allemande qui épouse un étranger perd aussitôt et sans réserve la nationalité allemande (1).

La même solution est encore suivie dans un grand nombre de pays (2).

La dualité de nationalité apparaît avec les législations qui, fidèles en principe au système unitaire, apportent des réserves à son fonctionnement, dictées non pas, comme on pourrait le penser, par le souci d'assurer l'indépendance de la femme, mais plutôt par le désir d'éviter des cas d'apatridie. Il n'est pas rare en effet, étant donné la diversité des dispositions législatives sur la nationalité, qu'une femme, dénationalisée, en raison

(1) Art. 6 : « Par le mariage avec un Allemand, la femme acquiert la nationalité de son mari. — Art. 17 : « La nationalité se perd... 6°, pour une Allemande, par le mariage avec un ressortissant d'un autre Etat fédéral, ou avec un étranger. » — Il convient de signaler qu'on examine actuellement s'il ne serait pas possible de modifier ces dispositions en subordonnant la perte de la nationalité du Reich, à la condition que, par son mariage, l'intéressée acquière la nationalité de son mari.

(2) Dominions anglais, mais les dispositions de la loi anglaise du 17 nov. 1933 leur seront vraisemblablement étendues sous peu. — Bolivie, art. 11 C. civil, V. Bourbousson, *op. cit.*, p. 39. — République de Haïti, art. 9 et 10, l. 22 août 1907. — Hongrie, loi 20 décembre 1879, art. 2, alinéa 2 ; art. 5, art. 20, alinéa 5. — Luxembourg, art. 12, 18 et 19 du Code civil. — Hollande, art. 5, loi 12 déc. 1892. — Pérou, art. 41 Code civil. — Tchécoslovaquie, V. Bourbousson, *op. cit.*, p. 186.

de son mariage avec un étranger, par les lois de son pays d'origine, devienne apatride, parce que le mariage est, dans le pays auquel ressortit son mari, sans effet sur la nationalité de la femme. Aussi certains pays subordonnent-ils la perte par la femme de sa nationalité à l'acquisition corrélative du statut national de son époux. Cette restriction à l'application du principe de l'unité a été dès 1889 insérée dans l'article 19 du Code civil, puis admise dans des termes analogues par un grand nombre de législations (1).

La nécessité d'éviter que la femme ne devienne apatride par le jeu de dispositions divergsntes, concernant l'effet du mariage sur la nationalité de la femme mariée, est apparue impérieusement aux membres de la Conférence, qui se réunit à La Haye en 1930 et à laquelle participèrent 47 Etats (2). Aux termes de l'article 8 de la Convention du 12 avril 1930, « si la loi nationale de la femme lui fait perdre sa nationalité par suite de son mariage avec un étranger, cet effet sera subordonné à l'acquisition par elle de la nationalité de son mari ».

C'est pour se conformer à cette convention que la Grande-Bretagne, longtemps partisan du système classique intégral, vient, par une loi du 17 novembre 1933, de modifier l'article 10 de la loi de 1914 ; tout en maintenant dans l'alinéa 1 du dit article, le principe que la femme suit la nationalité du mari, elle édicte dans un alinéa 2 que la femme sujette britannique à l'époque de son mariage ne sera considérée comme ayant, par

(1) Autriche, art. 9, l. 30 juillet 1925. — Bulgarie, art. 16, l. 5 janvier 1904. — Egypte, art. 14, Décret-loi du 27 février 1929. — Grèce, art. 25, l. 29 octobre 1856, modifiée par les décrets-lois des 13 septembre 1926 et 12 août 1927. — Italie, art. 10, l. 30 juin 1912. — Japon, art. 18, l. 27 mars 1916. — Mexique, art. 2, al. 4, l. 28 mai 1886. — Monaco, art. 19 Code civil modifié par ordonnance, 26 juin 1900. — Nicaragua, art. 10, al. 2. Constitution 10 nov. 1911. — Pologne, art. 10 et 11, l. 20 janvier 1920. — Portugal, art. 22, al. 4 Code civil 1867. — Suisse, Solution jurisprudentielle, V. Bourbousson, *op. cit.*, p. 183 ; *Rev.*, 1925, p. 585. — Vénézuéla, art. 22 Code civil, 13 juillet 1922.

(2) V. à ce sujet : Koster, *La nationalité à la Conférence de La Haye pour la Codification du Droit international*, *Rev.*, 1930, p. 412 et s., p. 599 et s. — Jean van Houte, *La Codification des lois sur la nationalité à la II^e Conférence de La Haye. Rev. de droit international et de législation comparée*, 1931, p. 101. V. les Travaux préparatoires à la S. D. N. : C. 73. M. 38, 1929, V et leur analyse dans Calbairac, *op. cit.*, p. 399.

le seul fait de son mariage, cessé d'être citoyenne britannique que si, par ce fait, elle a acquis la nationalité de son mari (1).

Cumulativement ou non avec la cause de dualité que nous venons d'examiner, certaines législations, dont les solutions en matière de nationalité tendent à assurer l'unité familiale, apportent une nouvelle atténuation au jeu normal du principe unitaire, en subordonnant la dénationalisation de la femme nationale qui épouse un étranger, à son expatriation. Cette réserve unilatérale, qui se justifie tantôt par le désir d'éviter la situation choquante d'une femme étrangère dans sa patrie d'origine (2), tantôt par l'intérêt qu'a tout Etat à ne pas diminuer le nombre de ses nationaux a été adoptée notamment par les pays Scandinaves où la condition d'expatriation de la femme nationale se cumule toujours avec celle de l'acquisition corrélative de la nationalité du mari (3) ; la législation suédoise exige même que la femme fixe son domicile non pas dans un pays quelconque, mais dans le pays d'origine du mari (4). On trouve des dispositions semblables en Islande et en Equateur (5). Au contraire la loi dominicaine exige simplement, pour la dénationaliser, que la femme nationale quitte le territoire de la République (6).

Le système unitaire est déjà quelque peu écarté et une concession est faite à la thèse de l'indépendance de nationalité de la femme par les législations qui, à l'inverse des précédentes, font intervenir la volonté de la femme nationale. Ce sont là des législations en voie d'évolution, qui, sans aller jusqu'à donner

(1) V. le texte dans *Rev.*, 1933.

(2) Galbairac, *op. cit.*, p. 270.

(3) Norvège, l. 8 août 1924, art. 8. — Danemark, l. 8 avril 1925, art. 5. — Finlande, l. 20 février 1920, art. 2. V. à ce sujet, Forsius, *La nouvelle législation en matière de nationalité dans les Pays Scandinaves et notamment en Suède. Rev.*, 1924, p. 442 et s.

(4) Suède, l. 23 mai 1924, art. 8.

(5) Islande, art. 5, l. 15 juin 1926. — Equateur, art. 73 et 74, l. 18 oct. 1921 ; aux termes de l'article 72, la réciprocité existe en faveur de la femme étrangère qui épouse un Equatorien, elle ne prend la nationalité de son mari que si elle transporte son domicile en Equateur et, en outre, si elle perd sa nationalité d'après les lois de son pays.

(6) Art. 19 Code civil combiné avec art. 7, Constitut. 20 mars 1908.

à toute femme le droit de disposer de sa nationalité accordent néanmoins à la femme nationale, mais à elle seulement, la possibilité, par une manifestation de volonté, de conserver sa nationalité d'origine. Autrement dit, en principe, le mariage entraîne pour la femme la perte de sa nationalité, mais, pour respecter sa liberté, il lui est permis de repousser l'attribution du statut national de son mari. L'exercice de ce droit par la femme créera nécessairement un ménage de nationalités différentes, et même, au cas où la nationalité du mari est conférée d'office à la femme par la loi de son époux, un ménage dans lequel celle-ci aura deux nationalités ; ainsi en sera-t-il quand une Roumaine épousera un Allemand, mais exprimera sa volonté de demeurer Roumaine (1). Signalons qu'une disposition analogue existe en faveur de la femme nationale en Esthonie (2) et en Albanie (3).

La circonstance que le droit d'option n'est octroyé dans ces divers pays qu'à la femme nationale peut laisser penser que ces Etats usant habilement de la thèse de l'indépendance de nationalité de la femme masquent, grâce à elle, un intérêt politique évident : en effet l'adoption de ce système unilatéral leur permet à la fois de nationaliser toute femme étrangère qui épouse un de leurs ressortissants et de conserver celles de leurs femmes nationales qui expriment le désir de conserver leur nationalité d'origine.

Aussi, les législations qui font naître la divergence de nationalité entre époux dès l'origine de l'union, sont essentiellement celles qui, ralliées dans une plus large mesure à la thèse de l'indépendance de nationalité de la femme, octroient ce droit d'option non seulement à la nationale qui épouse un étranger, mais encore à l'étrangère qui contracte mariage avec un national.

(1) Roumanie, art. 38, l. 23 février 1924. — Il convient de signaler que de toute façon la Roumaine n'est dénationalisée que si elle acquiert corrélativement la nationalité de son mari. — V. le texte dans *Cl.*, 1925, p. 838 et un commentaire de Possa, *eod. loc.*, p. 918.

(2) Art. 2, nos 5 et 9 et art. 19, no 1. — V. Louis Villecourt, *La nationalité esthonienne. Rev.*, 1927, p. 490.

(3) Art. 14 et 15 Code civil du 1er avril 1929.

Encore la mise en œuvre de cette règle bilatérale peut-elle se concevoir différemment. En effet, tandis que certaines législations, proches encore du système unitaire, décident que la femme suit en principe la nationalité de son mari, mais lui permettent de manifester sa volonté contraire (1), d'autres adoptent l'attitude inverse : la femme conserve légalement sa nationalité d'origine, mais peut réclamer la nationalité de son mari. C'est sous cette forme, on le sait, que les auteurs de la loi de 1927, soucieux de concilier l'intérêt de la femme et l'intérêt national, ont introduit le principe de réciprocité dans la législation française ; désormais la Française qui épouse un étranger ou l'étrangère qui épouse un Français conserve sa nationalité sauf dans le cas où elle déclare expressément vouloir acquérir la nationalité de son mari ; toutefois certaines réserves destinées à éviter l'apatridie ou la polypatridie tempèrent l'application de cette règle (2).

(1) Belgique, art. 18, n° 3, al. 2, l. 15 mai 1922 et 12, l. 4 août 1926. V. à ce sujet : Audinet, *La nationalité belge d'après la loi du 15 mai 1922*. *Rev.*, 1924, p. 285. — M. Th. Nisot, *La nationalité de la femme mariée et la loi belge du 4 août 1926*. *Cl.*, 1927, p. 611. — Yougoslavie, art. 10 et 29, l. 1er nov. 1928. — V. Peritch, *La nouvelle loi yougoslave sur la nationalité de la femme*. *Rev.*, 1930, p. 1 ; notamment p. 30. — Il y a lieu de remarquer que la dénationalisation de la femme belge (art. 18, n° 2, l. 15 mai 1922) ou de la femme yougoslave (art. 29 précité) est subordonnée à l'acquisition corrélative de la nationalité du mari.

(2) Aux termes de l'article 8, al. 2 et 3, l. 10 août 1927, la Française ne devient étrangère que si elle le demande expressément, ou encore si elle établit son premier domicile à l'étranger, car il y a, dit-on, volonté présumée de sa part de devenir étrangère ; mais encore faut-il — disposition destinée à éviter l'apatridie — qu'elle acquière corrélativement la nationalité de son mari par le mariage. En un cas, cependant, elle devient *de plano* étrangère : c'est lorsqu'elle épouse un étranger dont la loi nationale lui fait acquérir nécessairement la nationalité ; on évite ainsi la polypatridie. — Parallèlement, pour éviter l'apatridie de l'étrangère qui épouse un Français, la loi décide qu'elle devient *de plano* française si la loi nationale d'origine fait du mariage avec un étranger un cas de dénationalisation (art. 8, al. 1). Parmi les commentaires, V. notamment : P. Louis Lucas, *La nationalité française*, p. 187 et s. ; 238 et s. et la bibliographie établie par cet auteur, p. 7. — Rapprochons de ces dispositions celles, encore bien imprécises, il est vrai, qui régissent la nationalité de la femme en Espagne. Aux termes de l'article 23 de la Constitution du 9 déc. 1931, la femme espagnole qui épouse un étranger demeure en principe espagnole, mais elle a un droit d'option ; toutefois la perte de la nationalité espagnole est subordonnée à l'acquisition corrélative de la nationalité du mari. — A vrai dire, le texte ne vise que l'hypothèse de la nationale épousant un étranger ; mais il y a eu rédaction défectueuse et on estime, en doctrine, que la même solution existe en faveur de la femme étrangère qui contracte mariage avec un Espagnol ; V. no

La même solution a été adoptée récemment au Guatémala (1). Aux Etats-Unis, le *Cable Act* du 22 septembre 1922 a créé au profit de la femme américaine qui épouse un étranger susceptible d'être naturalisé un droit d'option : en principe elle conserve la nationalité américaine mais elle peut y renoncer par une déclaration d'extranéité (2). Au contraire la femme étrangère qui épouse un Américain ne jouit, à cet égard, d'aucune faculté ; tout au plus peut-elle obtenir une naturalisation facilitée (3). Le mariage, dans cette hypothèse, ne produit donc aucun effet direct et immédiat sur la nationalité de la femme et en cela la législation américaine se rapproche de la législation de l'U. R. S. S., qui, ayant établi l'égalité absolue des sexes, n'attache au mariage aucun effet sur la nationalité de la femme ; tout au plus prévoit-elle une naturalisation simplifiée en faveur de l'époux ou de l'épouse étrangère (4). Ce système, qui multiplie plus que tout autre les époux de nationalités différentes, paraît avoir été adopté par plusieurs républiques Sud-Américaines ; mais la question y est d'une façon générale vivement discutée (5).

tamment en ce sens : Nicolas Pérez Serrano, *La Constitucion espanola*, p. 113 (opinion de Alcala Zamora), éditée à Madrid, 1932, par *Editorial Revista de Derecho Privado*, V.le texte au *Cl.*, 1932, p. 1168.— Trias de Bes, *La nationalité espagnole d'après les dernières dispositions constitutionnelles et législatives du Gouvernement de la République. Rev. droit international et législation comparée*, 1932, p. 430.

(1) Art. 151 et 152 Code civil, 15 septembre 1926.

(2) Art. 3, al. 1 du *Cable Act* ; V. le texte dans *Revue*, 1922-1923, p. 508.

(3) *Id.*, art. 2.

(4) Art. 5, loi 29 oct. 1924.

(5) Argentine, Solution douteuse. V. Calbairac, *op. cit.*, p. 320 ; Bourbousson, *op. cit.*, p. 23. Dans le sens de l'indépendance réciproque absolue, une note de la Légation de la République Argentine en Suisse du 6 déc. 1918, signalée dans *Rev.*, 1925, p. 585 et s. ; en outre *Rapport à la S. D. N. Rev.*, 1932, p. 352, notamment p. 359 et 360. — Brésil, controverse, V. Tribunal de Rio de Janeiro, 6 juillet 1910. *Cl.*, 1912, p. 1242 et *Rev.*, 1932, p. 359 et 360. — Chili, art. 10, l. 5 février 1929. — Colombie, Solution discutée, V. Calbairac, *op. cit.*, p. 326 ; Bourbousson, *op. cit.*, p. 58. — Paraguay : opinion doctrinale. Calbairac, p. 327 et *Rev.*, 1932, p. 359 et 360. — Uruguay, *eod. loc.* — On peut rapprocher les législations cubaine et turque : Cuba : En réalité il n'y a qu'indépendanc unilatérale. Le mariage de la Cubaine est sans aucun effet sur sa nationalité, qu'elle ne perd que par naturalisation dans le pays de son mari. Mais l'étrangère qui épouse un Cubain devient automatiquement Cubaine art. 22 Code civil modifié par l. 1er juillet 1929). — Turquie, art. 13, l. 28 mai-

Au cours de cet examen, nous nous sommes efforcés de montrer comment se réalise l'abandon progressif du système unitaire ; on peut en conclure qu'une évolution importante se poursuit qui, procédant de la nécessité d'éviter les cas d'apatridie et de double nationalité ou du désir de respecter la liberté de la femme, tend à la multiplication des époux de nationalités différentes et, par là-même, à la recrudescence des conflits de lois qu'engendrent leurs rapports de famille et notamment leur divorce. Ce mouvement, qui s'accentue chaque jour davantage, se produit parallèlement et dans des conditions en tous points analogues en ce qui concerne, ainsi que nous allons le vérifier, les changements de nationalité survenus dans la personne de l'un ou de l'autre époux au cours du mariage.

II. — *Du changement de nationalité survenu dans la personne de l'un des époux au cours du mariage.*

Quand la femme a acquis, soit automatiquement, soit volontairement, la nationalité de son mari, l'unité ainsi obtenue pourra être rompue, si un changement survient ultérieurement dans la nationalité de l'un des conjoints. Cette unité sera d'autant plus menacée que les législations positives subissent actuellement, à cet égard, des réformes profondes, qui, complétant l'évolution dont nous venons de retracer brièvement les étapes et inspirées comme elle des doctrines féministes, ne peuvent que contribuer à introduire la dualité de nationalités au sein de la famille.

4 juin 1928 (*Rev.*, 1929, p. 27). La femme étrangère devient Turque *de plano* par le mariage. Cependant la législation turque est bien génératrice de dualité de nationalités dans le ménage en ce sens que la femme turque qui épouse un étranger conserve sa nationalité d'origine, art. 13, al. 2 ; mais les entraves que rencontre la femme turque désireuse d'acquérir, après mariage, la nationalité de son mari sont telles (art. 7 et 8) que la conservation de la nationalité turque a pour elle un caractère obligatoire inconciliable avec la thèse de l'indépendance de la nationalité de la femme. V. à ce sujet : Salem, *La loi nouvelle sur la nationalité turque*, p. 25 et s., notamment p. 49 et s.

(1) V. notamment conclusions du Rapport des Associations féministes à la S. D. N. en 1931 (*Rev.*, 1932, p. 357) et en 1932 (S. D. N., A. 23, 1932, V). — Texte voté par l'Institut de Droit international en août 1932. *Rev.*, 1932, p. 726.

Ce mouvement réformiste dont nous nous proposons simplement de souligner l'accentuation, se manifeste à un double point de vue et révèle, quelle que soit l'hypothèse envisagée, un souci évident de respecter l'indépendance de la femme quant à sa nationalité Tout d'abord, il y a un accroissement très sensible des législations qui, restreignant les effets des changements de nationalité survenus dans la personne du mari, laissent la femme du naturalisé ou du dénationalisé libre de choisir entre l'ancien ou le nouveau statut national de son mari ; au principe traditionnel des effets collectifs se substitue le principe plus libéral des effets simplement individuels des changements de nationalité. D'autre part et simultanément, mais cependant dans une mesure moindre, on assiste à l'élimination des entraves jusqu'alors mises à l'initiative de la femme en matière de naturalisation ou de réintégration ; on constate en effet que dans ces deux hypothèses, l'autorisation maritale est exigée d'une façon moins stricte qu'autrefois ; en outre, la réintégration de la femme dans sa nationalité d'origine est de moins en moins subordonnée, comme c'était la règle précédemment admise, à la dissolution préalable du mariage par elle contracté avec un étranger.

Nous allons examiner succinctement dans quelle mesure les dispositions législatives sur les changements individuels du mari et de la femme, sont de nature à faire naître des différences de nationalité entre époux.

* * *

La question des effets des changements de nationalité du mari sur la nationalité de la femme n'est pas l'objet, en doctrine, de bien longues controverses ; c'est qu'en effet ce problème se rattache directement au problème plus général de la nationalité de la femme mariée dont nous avons fait précédemment l'examen. Qu'il nous suffise d'indiquer que les arguments présentés par les partisans de l'effet collectif desdits changements de nationalité s'apparentent étroitement à ceux que l'on donne habituellement à l'appui de la thèse classique de l'unité de natio-

nalité entre époux. Que le changement de nationalité du mari entraîne automatiquement et corrélativement un changement de nationalité dans la personne de la femme, et les époux auront, comme par le passé, le même statut national : le principe unitaire sera ainsi respecté. A l'inverse, les partisans convaincus de la thèse de l'indépendance de nationalité de la femme préconisent tout naturellement l'adoption du principe de l'effet individuel des changements de nationalité du mari, principe qui, seul, laisse intact le droit de la femme de disposer de sa nationalité. On fait valoir, en outre, en ce sens, que la femme se trouve dans une situation toute différente de celle dans laquelle elle se trouvait lors de la célébration du mariage. Alors que, dans cette dernière hypothèse, elle a pu prévoir les conséquences de sa dénationalisation, elle n'a jamais pu envisager l'éventualité d'un changement ultérieur de nationalité de son mari ; et il serait injuste, dans ces conditions, de lui conférer *de plano* un statut national nouveau (1).

En fait, la tendance des législations contemporaines est de plus en plus à l'effet individuel de la naturalisation de l'étranger ou de la dénationalisation du national ; mais cette réforme, loin de se réaliser brusquement, s'accomplit par étapes et comporte plusieurs paliers. Tout d'abord, en ce qui concerne les effets de la naturalisation (2) du mari, certaines législations dont nous avons déjà relevé la fidélité au principe unitaire, attachent des effets pleinement collectifs à l'acquisition par un étranger de la nationalité du pays naturalisant ; c'est notamment la solution allemande du problème (3). D'autres décident que la femme prend en principe la nouvelle nationalité de son mari, mais subordonnent cette acquisition à une condition de résidence

(1) Calbairac, *op. cit.*, p. 101.

(2) Nous nous bornons ici à l'examen des effets de la naturalisation du mari ; mais il convient de signaler que les solutions adoptées en matière de naturalisation valent pour l'hypothèse de la réintégration du mari.

(3) Allemagne, art. 16, l. 22 juillet 1913. — Autriche, art. 6, l. 30 juillet 1925. — Danemark, art. 42, l. 18 avril 1925. — Islande, art. 4, l. 15 juin 1926. — Hongrie, art. 7, l. 24 déc. 1879. — Panama, art. 168 Code administratif. — Pays-Bas, art. 5, l. 31 déc. 1920. — Perse, art. 9, l. 7 sept. 1929. — Suisse, art. 3, l. 25 juin 1903. — Tchécoslovaquie. Conférer : Calbairac, *op. cit.*, p. 320.

sur le territoire national ; ainsi la femme de l'étranger qui se fait naturaliser Italien ne prend-elle la nationalité italienne que si elle vient demeurer avec son mari en Italie (1). Plus libérales, certaines législations s'efforcent de concilier les deux thèses opposées qui dominent cette matière ; la femme du naturalisé acquiert bien le statut national de son mari, mais elle peut le décliner et déclarer vouloir conserver la nationalité qu'elle avait antérieurement. Cette solution, qui a le mérite de limiter les cas d'apatridie en même temps qu'elle respecte les droits de la femme, a été adoptée tout récemment par la loi anglaise du 17 novembre 1933 ; en outre, elle a été consacrée depuis la guerre par des législations en voie de formation (2).

La thèse de l'indépendance de nationalité de la femme mariée est au contraire nettement suivie, et la porte largement ouverte à la dualité, dans les législations qui, excluant la femme du cercle des personnes auxquelles s'étend la naturalisation du chef de la famille (3), se bornent à prévoir des facilités en sa faveur quand elle exprime le désir d'acquérir la nouvelle nationalité de son conjoint. Ce système est celui auquel sont toujours allées, mais pour des raisons diverses, il est vrai (4), les préférences du législateur français. Consacré par le Code civil, maintenu par la loi de 1889, il a été adopté par les auteurs de la loi du 10 août 1927, soucieux à la fois d'accroître la population de la France et, de faire une part aux conceptions modernes sur la nationalité de la femme. Théoriquement, aux termes de l'article 7 alinéa 1,

(1) Italie, art. 11, l. 13 juin 1912. — Mexique, art. 2, al. 1 et 4, l. 28 mai 1886. — Norvège, art. 6, l. 8 août 1924. — San Salvador, art. 2, n° 3, al. 4, l. 30 sept. 1886. — Suède, art. 6, l. 25 mai 1924.

(2) Egypte, art. 15, al. 1, décret 10 mars 1929 ; V. le texte dans *Cl.*, 1929, p. 818 et *Rev.*, 1929, p. 353. — Roumanie, art. 4, l. 23 février 1924. — Yougoslavie, art. 19, Constitution, 28 juin 1921. — Angleterre, l. 17 nov. 1933, art. 10, n° 5 ; toutefois à la différence des pays précédents, la femme du naturalisé n'acquiert pas *de plano* la nationalité de son époux, elle doit faire une demande en ce sens dans le délai d'un an.

(3) La naturalisation du père fait généralement acquérir aux enfants mineurs la nationalité de l'Etat naturalisant. Certaines législations font à cet égard des réserves. — V. à ce sujet M. Angel, *op. cit.*, p. 257.

(4) V. sur le fondement en France du non-effet de la recherche naturalisation du mari sur la nationalité de la femme, Calbairac, *op. cit.*, p. 105 et s.

la femme de l'étranger naturalisé Français demeure étrangère ; mais, si elle en forme la demande, elle pourra devenir Française sans condition de stage ; elle jouira donc d'une naturalisation facilitée. En fait, on peut se demander si la liberté de la femme quant à sa nationalité est bien respectée ; la pratique s'est en effet établie d'exiger de la femme qu'elle joigne sa demande à celle de son mari, sous peine pour ce dernier d'être suspecté de manquer de loyalisme et de voir sa demande rejetée. Aussi, peut-on dire que la liberté de la femme est singulièrement diminuée par cette pratique vicieuse de la Chancellerie (1). Quoi qu'il en soit, ce système a été adopté, avec des variantes dans les facilités qui sont octroyées à la femme, par plusieurs Etats (2). Enfin plusieurs législations ne reconnaissent aucun effet à la naturalisation du mari sur la nationalité de la femme, qui, si elle veut acquérir le nouveau statut national de son mari, doit remplir, sans réserve, toutes les conditions que la loi exige de ce dernier (3).

Il résulte de cette courte revue de droit comparé que les Etats tendent de plus en plus à subordonner le changement de nationalité de la femme au consentement de celle-ci. Ils ne font d'ailleurs en cela que se conformer à l'article 10 de la Convention de la Haye du 12 avril 1930, ainsi conçu : « La naturalisation du mari au cours du mariage, n'entraîne le changement de nationalité de la femme que du consentement de celle-ci » (4).

Une orientation toute semblable se fait jour en ce qui concerne les effets dans le pays d'origine de la dénationalisation d'un national par changement de nationalité (5).

(1) Calbairac, *op. cit.*, p. 111.

(2) Belgique, art. 15, l. 15 mai 1922. — Bulgarie, art. 11, l. 19 déc. 1903. — Etats-Unis, art. 2, l. 22 sept. 1922. — Haïti, art. 12 et 14, l. 22 août 1907. — Monaco, C. civ., art. 10, modifié par ordonnance, 13 avril 1911. — Venezuela, art. 4, n° 2, l. 13 juillet 1928. — Syrie et Grand-Liban, art. 4, arrêté 9 janvier 1925.

(3) Luxembourg, arg. *a contrario* art. 10, l. 17 oct. 1868. — U. R. S. S., l. 29 oct. 1924. — Sont rangés en outre dans la même catégorie par les auteurs du Rapport présenté à la S. D. N. en 1931 (*Rev.*, 1932, p. 361 et s.) : Argentine, Brésil, Chili, Saint-Domingue, Paraguay, Portugal, Uruguay.

(4) Koster, *op. cit. Rev.*, 1930, p. 604.

(5) Les effets de la dénationalisation par voie de déchéance sont toujours

En principe, mais non nécessairement cependant, les pays qui réservent à la naturalisation des effets pleinement collectifs, dénationalisent corrélativement la femme du national qui, par un mode quelconque, perd sa nationalité (1). Pareillement la dénationalisation se limite au mari, dans les pays qui n'attribuent à la naturalisation d'un étranger que des effets individuels (2) ; et elle ne s'étend à la femme que sauf manifestation contraire de sa part, dans les pays qui, tout en naturalisant *de plano* la femme du nouveau ressortissant, lui accordent un droit d'option (3). En outre, certains pays subordonnent la dénationalisation de la femme à l'acquisition corrélative de la nationalité du mari (4) ou à l'expatriation dans l'Etat naturalisant (5).

Outre les conflits positifs ou négatifs que suscitent la complexité et la divergence des dispositions législatives que nous venons d'examiner, l'état actuel des législations dans la matière

individuels. V. à ce sujet M. Caleb, *De la perte de la nationalité* dans *La Nationalité...*, publication précitée de l'Institut de Droit comparé, p. 294.

(1) Allemagne, dans l'hypothèse de l'art. 29 de la loi du 22 juillet 1913. — Autriche, art. 10, n° 2, l. 30 juillet 1925. — Pays-Bas ; arg. art. 5, l. 31 déc. 1920. — Suisse, art. 9, l. 25 juin 1903.

(2) U. R. S. S. l. 29 octobre 1924. — Bulgarie, art. 22, l. 5 janv. 1904. — Du silence de l'art. 9, al. 1 de la loi du 10 août 1927, il faut déduire que la Française dont le mari perd la nationalité française reste Française et ne peut opter pour la nouvelle nationalité de son mari. Nous avons vu précédemment les facilités données à la femme du naturalisé pour acquérir la nationalité française. Le rapprochement de ces deux hypothèses montre que la loi de 1927 tout en cherchant à accroître la population de la France cherche à la diminuer aussi peu que possible. V. à ce sujet P. Louis-Lucas, *op. cit.*, p. 237. — Aux termes de l'article 10, al. 4 de la loi anglaise du 17 nov. 1933, la femme de l'individu qui cesse, au cours du mariage, d'être sujet britannique perd la nationalité anglaise ; mais elle peut, dans un délai qui est d'au moins un an déclarer vouloir conserver sa nationalité britannique.

(3) Egypte, art. 15, al. 2, décret-loi du 27 fév. 1929, publié au *J. O.* du 10 mars 1929.

(4) Egypte, art. 15, al. 2, décret-loi 10 mars 1929. — Italie, art. 11, l. 13 juin 1912. — Belgique, art. 18, n° 3, l. 15 mai 1922. Cette solution est préconisée par l'article 9 de la Convention de La Haye du 12 avril 1930 qui est ainsi rédigé : « Si la loi nationale de la femme lui fait perdre sa nationalité par suite du changement de nationalité de son mari au cours du mariage, cet effet sera subordonné à l'acquisition par elle de la nationalité de son mari. » V. le texte dans Koster, *op. cit.*, *Rev.*, 1930, p. 603.

(5) Hongrie, art. 26, l. 20-24 déc. 1879.

qui nous intéresse ne peut que favoriser la multiplication des époux de nationalités différentes ; sans doute n'est-ce pas là le but qu'ont recherché les auteurs des textes dont nous avons cherché à faire le classement. Mais on ne peut que constater combien ces réformes sont de nature à engendrer la dualité de nationalité dans le ménage, par les précautions qu'elles créent pour éviter l'apatridie ou la double nationalité, et par les droits qu'elles confèrent à la femme de disposer de sa nationalité, soit par manifestation expresse et volontaire, soit par abstention. Nous allons voir maintenant qu'une tendance tout analogue se dessine, en ce qui concerne les changements de nationalité survenus dans la personne de la femme.

* * *

Il a été longtemps admis que la femme ne pouvait pas, de son chef, apporter des modifications à son statut national, alors que la nationalité de son mari demeurait sans changement. Mais une évolution du droit se produit encore en l'espèce; l'adhésion à la thèse de l'indépendance ne peut en effet qu'emporter une réponse affirmative à la question de savoir si la femme peut changer seule de nationalité. Toutefois, l'unanimité est loin d'être faite en ce sens ; et les législations dont nous avons déjà signalé les idées unitaires limitent encore singulièrement les droits de la femme mariée en cette matière. Il convient cependant de distinguer deux hypothèses : une femme peut désirer acquérir une nouvelle nationalité, mais elle peut également solliciter sa réintégration dans une nationalité qu'elle a perdue par l'effet du mariage.

Constatons tout d'abord qu'un groupe encore important de législations ne donne aucune suite à la demande de naturalisation formée par une femme mariée étrangère, en l'absence de toute demande formée conjointement par le mari de la requérante. Cette disposition est consacrée en termes exprès notamment par des législations d'après-guerre (1).

(1) Albanie, art. 14 C. civ. 1929. — Egypte, art. 15, al. 3, décret 19 mars

Tous les autres pays reconnaissent à la femme mariée le droit d'acquérir indépendamment de son mari une nouvelle nationalité ; mais alors que certains d'entre eux, rares il est vrai, octroient pleinement ce droit à la femme, sans se préoccuper du mari (1), la plupart accordent à ce dernier un droit de regard, que l'on tire de la théorie de l'incapacité de la femme mariée. Sans vouloir insister sur ce point, signalons que ce fondement est discutable et qu'il est même démenti par le droit positif : ainsi la femme anglaise, cependant pleinement capable civilement, doit être autorisée par son mari avant d'acquérir valablement aux yeux de la loi anglaise une nationalité étrangère. Quoi qu'il en soit, cette solution est généralement consacrée : la naturalisation ne sera accordée que si la femme étrangère a été autorisée par son mari ; du moins en est-il ainsi quand il y a lieu à autorisation maritale ; c'est dire que la femme n'aura jamais à la produire si, par l'effet d'une séparation de corps, elle a recouvré sa pleine capacité civile (2).

La loi du 10 août 1927 ne dit pas expressément que la femme devra être autorisée, par son mari ; mais cette solution est d'une façon générale admise en doctrine (3) et en jurisprudence (4). Toutefois depuis 1927 la Chancellerie a déjà accordé la naturalisation à une femme italienne non autorisée (5). Seule est discutée la question de savoir si l'autorisation de justice peut suppléer à l'autorisation maritale (6).

1929. — Japon, art. 8, l. 1er déc. 1924. — Italie, art. f0, l. 13 juin 1912. — Monaco, art. 10, C. civ. — Pays-Bas, art. 5, l. 31 déc. 1920. — République Dominicaine, art. 2, n° 1, l. 4 déc 1929. — Yougoslavie, art. 12, l. 21 sept. 1928.

(1) Esthonie, art. 11, l. 27 oct. 1922. — U. R. S. S., l. 29 oct. 1924. — Etats-Unis, art. 1, l. 22 sept. 1922.

(2) Certains pays excluent la nécessité de l'autorisation maritale dans d'autres cas, V. *infra*, p. 249, note 2.

(3) P. Louis-Lucas, *op. cit.*, p. 143. — Pillet et Niboyet, *Manuel*, Supplément, 1928, n° 81. Signalons qu'on apprécie la capacité d'après la loi française : on exige aussi l'autorisation, alors même que les lois du pays dont la femme est encore sujette ne l'exigeraient pas. V. à cet égard : Caibairac, *op. cit.*, p. 157 et s.

(4) Aix, 23 janvier 1928 (*Depetris*). *Cl.*, 1928, p. 1196.

(5) Aff. *Depetris* précitée. Antérieurement à la loi de 1927, V. Seine, 1er juillet 1902 et Cour Paris, 7 avril 1903 (*Raffaele*). *Cl.*, 1903, p. 163 et 865.

(6) *Répert.*, t. 9, v° *Nationalité*, n° 403.

Tel est le système, qui, *de lege ferenda*, rallie la plupart des suffrages ; l'autorisation maritale seule peut empêcher la femme de prendre un statut national nouveau, et encore en bien des cas est-elle éliminée. Aussi ne sera-t-il pas rare que la dualité de nationalités dans le ménage naisse par le fait de la naturalisation de la femme.

La plupart des législations contiennent des dispositions relatives à la réintégration de la nationale dénationalisée par l'effet de son mariage avec un étranger. Le droit pour la femme de bénéficier, dans cette hypothèse, d'une naturalisation en quelque sorte très simplifiée lui est reconnu dans un grand nombre de pays ; cependant certaines lois étrangères sont muettes sur la réintégration ; et la femme y est, dans ces conditions, astreinte aux conditions de la naturalisation ordinaire (1). Mais dans les législations qui reconnaissent cette institution, les dispositions sont loin d'être uniformes sur les conditions mises à l'octroi de la réintégration et, ici encore, on constate des concessions à la thèse de l'indépendance de la femme mariée, qui ne peuvent qu'engendrer la création d'un double statut national dans le ménage.

Si l'on veut maintenir l'unité de nationalité entre époux, on doit décider que la rénitégration de la femme est subordonnée à la dissolution préalable du mariage, qui est à l'origine de sa dénationalisation. Ce système qui coupe court à toute dualité et élimine toute controverse sur la délicate question de capacité, est encore suivi par un bon nombre de législations (2).

(1) Notamment aux Etats-Unis, au Danemark.

(2) Allemagne, art. 10, l. 22 juillet 1913. — Autriche, art. 11, al. 2, l. 30 juillet 1925. — Belgique, art. 19, l. 15 mai 1922. — Bulgarie, art. 16, l. 5 janvier 1904. — Cuba, art. 22, C. civ. — Esthonie, art. 14, l. 22 oct. 1922. — Grèce, art. 25, l. 29 oct. 1856. — Italie, art. 10, al. 3, l. 13 juin 1918. — Monaco, art. 20 C. civ. — Pays-Bas, art. 8, l. 31 déc. 1920. — Pologne, art. 10, l. 20 janvier 1920. — Portugal, art. 22, n° 4, C. civ. — Dans son article 11 la Convention de La Haye du 12 avril 1930 préconise l'adoption de cette solution : « La femme qui, d'après la loi de son pays, a perdu sa nationalité par suite de son mariage ne la recouvre, après *la dissolution de celui-ci*, que si elle en fait la demande et conformément à la loi de son pays. Dans ce cas, elle perd la nationalité qu'elle avait acquise par suite de son mariage. » Cette disposition finale a pour but d'éviter la double nationalité. V. Koster, *op. cit.*, p. 607.

Un pas est fait vers la dualité, si l'on admet la réintégration de la femme, à condition qu'elle soit au moins séparée de corps (1). Cette solution risque de constituer une prime à la réintégration frauduleuse. On se représente aisément combien la Roumaine devenue Italienne par son mariage sera tentée, dès séparation de corps, de solliciter sa réintégration dans la nationalité roumaine en vue d'obtenir le divorce. Mais certaines législations vont encore plus loin et réintègrent la sujette dénationalisée alors que le lien matrimonial n'a subi aucune atteinte. La réintégration peut être accordée en tout état de cause ; tel est le système, qui, pratiqué illégalement avant 1927, a été consacré par la loi française récente sur la nationalité. Sans vouloir insister sur un débat aujourd'hui éteint, rappelons que l'hypothèse de la réintégration était autrefois régie par l'article 19 du Code civil, qui faisait de la dissolution du mariage une condition nécessaire de la réintégration. Mais la Chancellerie, dont on a maintes fois signalé les abus en cette matière, n'hésitait pas à réintégrer par application de l'article 18, plus général, et créait, au cas ou l'épouse, nouvellement Française, s'avisait de demander la conversion en divorce d'une séparation obtenue antérieurement, des conflits qui n'auraient pas dû exister (2).

(1) Hongrie, art. 41, l. 24 déc. 1879. — Roumanie, art. 39, l. 23 février 1924. — Suisse, art. 10, l. 25 janvier 1903. — Yougoslavie, art. 40, l. 1er nov. 1928.

(2) On sait en effet que les tribunaux judiciaires ont toujours refusé de censurer un acte du Gouvernement : V. en ce sens, en matière de réintégration accordée illégalement, c'est-à-dire conformément à l article 18 du C. civ. ; Cour Alger, 2 déc. 1893 (*Outeniente*). *Cl.*, 1894, p. 120. — Dieppe, 5 mai 1904 (*Eastabrook*). *Rev.*, 1906, p. 514. — Seine, 28 juin 1910 (*Vitorelli*). *Rev.*, 1911, p. 358. — Seine, 10 janvier 1911 (*Bonamici*). *Rev.*, 1911, p. 81. — Seine, 7 juillet 1914 (*Volpe*) et Sousse, 2 déc. 1915 (*Fiore c. Cardinale*). *Rev.*, 1918, p. 101. — Cour Amiens, 16 février 1921 (*Graffenried*) sur appel de Compiègne, 20 avril 1920, *contra* : *Rev.*, 1921, p. 533. — Cass., 6 juillet 1922 (*Ferrari*). *Rev.*, 1922, p. 460. — Seine, 31 janvier 1924 (*Inglis*). *Rev.*, 1923-1924, p. 217. D. 1924.2.39. — Par ailleurs, la Chancellerie a confirmé cette pratique dans sa réponse à la question écrite n° 17247, Chambre, *J. O.*, 7 avril 1923. *Cl.*, 1923, p. 692. — V. en doctrine les critiques de L. Jordan, *Examen des pouvoirs de la Chancellerie en matière de naturalisation. Bulletin de la Soc. de législ. comparée*, 1917-1918, p. 328. — Morillot, *De la conversion en divorce d'un régime de séparation de corps consensuel établi à l'étranger. Cl.*, 1922, p. 545. — Audinet, *Recevabilité de la demande en divorce intentée par une femme réintégrée. Cl.*, 1923, p. 9. — Laferrière, *Des voies de recours contre les décrets en matière de nationalité. Rev.*, 1923-1924, p. 161.

Quoi qu'il en soit, à l'heure actuelle, l'article 11, alinéa 1, et également les dispositions transitoires de l'article 14 *a*, alinéa 6 donnent à toute femme mariée la possibilité d'obtenir sa réintégration. Elle n'a pas à produire l'autorisation maritale dans le cas prévu par l'article 14 *a* alinéa 3, notamment si elle est séparée de corps (1), mais la majorité des auteurs estiment qu'elle doit être autorisée par son mari ou, à défaut, obtenir l'autorisation de justice (2) en toute autre hypothèse. Cependant, l'article 11 relatif à la réintégration étant muet sur l'autorisation maritale, l'avis a été exprimé que jamais la femme n'a besoin d'être autorisée (3). Cette solution, peu compatible avec les données générales du droit français et le système suivi en matière de naturalisation, paraît devoir être écartée. Elle aurait, au surplus, si elle était adoptée, le grave inconvénient de supprimer la dernière entrave qui existe à l'octroi de la réintégration à une femme dont le mari ne tient peut-être pas du tout à ce que sa femme ait un statut national distinct du sien. Et ce serait enfin adopter une règle qui est admise par une législation si profondément différente de la nôtre, celle de l'U. R. S. S. (4).

* * *

En conclusion, nous pensons que l'on peut à s'attendre à une augmentation du nombre des ménages de nationalités différentes et corrélativement à un accroissement du nombre des instances en divorce formées devant les tribunaux entre époux sans lien national commun. Les problèmes que soulèvent ces divorces prennent de ce fait un intérêt tout particulier. Après avoir recherché comment se produit la dualité de nationalité entre

(1) Aux termes de l'article 14 *a*, alinéa 3, il en est de même en cas d'incapacité du mari, absence, disparition, séparation de fait depuis un an.

(2) V. notamment : P. Louis-Lucas, *op. cit.*, p. 286 et 287. — Calbairac, *op. cit.*, p. 159. — *Contra* : en ce qui concerne la possibilité d'une autorisation de justice : Circulaire ministérielle du 13 août 1927. *Bull. off. Ministère Justice*, 1927. — Lerebours-Pigeonnière, *Précis*, p. 74.

(3) Laneyrie, *op. cit.*, p. 24.

(4) L. 29 oct. 1924, art. 10.

époux et constaté qu'elle se produit, tantôt dès le jour de la célébration, tantôt au cours du mariage, il pourrait paraître logique de traiter d'abord du divorce entre époux qui n'ont jamais eu un statut national commun, puis du divorce entre époux qui ont eu auparavant une même nationalité. Cependant le fait que, dans cette dernière hypothèse, une certaine communauté juridique a existé entre mari et femme, constitue un élément dont on peut s'inspirer pour résoudre les difficultés que suscite la dissolution de leur mariage. Rien de semblable n'existe en ce qui concerne le divorce entre époux qui ont toujours eu une nationalité différente. Aussi, inversant le plan auquel pourraient mener les développements qui précèdent, nous commencerons par l'examen du divorce entre époux qui ont eu antérieurement un statut national commun.

CHAPITRE II

DU DIVORCE ENTRE ÉPOUX QUI ONT CESSÉ D'AVOIR UNE NATIONALITÉ COMMUNE

Lorsque, de deux époux, un seul a, depuis le mariage, été naturalisé étranger ou réintégré dans sa nationalité d'origine, pourra-t-il se prévaloir du décret de naturalisation ou de réintégration pour réclamer l'application de la loi sous l'empire de laquelle il est désormais placé et faire prononcer, conformément à celle-ci, le divorce entre lui et son conjoint, dont le statut national est resté inchangé, alors que la dernière législation commune des époux prohibe le divorce ou ne l'admet pas pour la cause invoquée en l'espèce ? Ce problème, qui se pose aussi, *mutatis mutandis*, en matière de séparation de corps, a été résolu par les tribunaux français, tantôt par la négative, tantôt par l'affirmative ; et c'est dans ce dernier sens que la jurisprudence paraît se fixer à l'heure actuelle. Après avoir analysé dans une première section, les phases de cette évolution, nous montrerons comment les tribunaux étrangers accueillent une demande en divorce ou en séparation de corps formée dans les mêmes conditions. Nous examinerons dans une dernière section les mérites respectifs des arguments qui ont été développés en faveur et à l'encontre du prononcé du divorce ; à l'issue de cet exposé critique, il nous restera à présenter quelques observations personnelles sur le système qui nous paraît le plus apte, dans les cadres de la tendance internationaliste, à résoudre la délicate question du divorce entre époux ayant eu une nationalité commune.

Section I.

Exposé analytique de la jurisprudence française.

C'est à partir de 1884 que nos tribunaux ont eu à connaître de ce problème, du moins dans la forme sous laquelle nous venons de le poser (1). Il nous faut toutefois mentionner que, dans la période antérieure, la question avait été débattue en France, mais sous un aspect quelque peu différent : il s'agissait non pas, puisque les textes le prohibaient, de prononcer le divorce entre un étranger devenu Français et son conjoint demeuré étranger, mais de déterminer les effets en France du jugement ed divorce obtenu à l'étranger par un ex-Français contre son conjoint demeuré sujet français. Or la jurisprudence de la Cour de cassation paraît avoir toujours refusé tout effet au divorce obtenu dans ces conditions à l'étranger. Mais il est assez difficile de tirer un enseignement de ces arrêts, en ce qui concerne le problème même de la loi applicable au divorce, d'époux de nationalités différentes. Ces décisions reposent, en effet, essentiellement sur des considérants tirés soit de la théorie de l'ordre public, soit de la notion de fraude à la loi, soit encore des règles françaises sur l'autorisation maritale. Cependant, abordant plus précisément la question qui nous intéresse, l'arrêt de la Cour de Paris du 17 juillet 1876 se prononçait pour la compétence législative de la dernière loi nationale commune, en l'espèce la loi française, qui, seule, règle les effets du mariage de ses nationaux et en déclare le lien indissoluble : « il s'agit, poursuit l'arrêt, du plus solennel et du plus important des contrats, qui non seulement ne peut être rompu contre la volonté de l'un des contractants, mais encore ne peut jamais l'être du mutuel consentement des époux » (2).

(1) Sur les différentes phases de cette jurisprudence, V. notamment Droz : *De l'influence de la Convention de La Haye du 12 juin 1902 sur la question du divorce en France. Cl.*, 1907, p. 19 et s. — C. Jordan, note sous diverses décisions publiées dans la *Revue*, 1918, p. 98 et s.

(2) Cour Paris, 17 juillet 1876 (*Beauffremont*). *Cl.*, 1876, p. 352 et Cass. (*id.*),

Pour demeurer logiques avec eux-mêmes, il eût été normal, au lendemain de la loi de 1884, que les tribunaux français, fidèles à l'esprit de cette jurisprudence, refusassent de faire droit à la demande en divorce formée par un époux français depuis peu, contre son conjoint demeuré, par hypothèse, soumis à une législation plus restrictive que la législation française, en matière de dissolution du mariage. Telle ne paraît pas cependant avoir été leur ligne de conduite, dont les incohérences ne prirent fin qu'avec la Convention de La Haye. Il existe en effet des décisions dans les deux sens. Les uns font droit à la demande en divorce ou en conversion ; on y fait observer que « l'étranger, soumis aux lois françaises à dater du décret de naturalisation est fondé, par voie de conséquence directe, à réclamer, à partir de la même date, l'application des mêmes lois à son profit et l'exercice de tous droits civils dont sa nouvelle qualité lui assure le bénéfice » (1). Par contre, certains tribunaux s'en tiennent aux dispositions qui, dans l'ancienne législation commune des époux, régissaient la dissolution du mariage et repoussent les demandes formées contre un conjoint demeuré étranger ; presque toutes ces décisions contiennent un motif tiré de la conception du mariage créateur de droits acquis : les effets de la naturalisation ne sauraient, dit-on, s'appliquer aux tiers qui ont eu avec le naturalisé des relations légales avant cette naturalisation et notamment à sa femme, qui entend bénéficier de la loi sous l'empire de laquelle le mariage a été célébré (2) ; mais cumulative-

18 mars 1878, D. 1878.1.201. — V. encore Cass., 16 déc. 1845. S. 1846.1.100. — Seine, 28 août 1878 (*Gravelle-Desvallées*). *Cl.*, 1878, p. 602. — Seine, 4 février 1882 (*Agoust*). *Cl.*, 1882, p. 544.

(1) Alger, 2 déc. 1893 (*Outeniente*). D. 1895.2.146 et *Cl.*, 1894, p. 12. — Alger, 19 février 1896 (*Rosella*). *Cl.*, 1896, p. 606. — Seine, 18 juin 1896 (*Menabrea*). D. 1901.2.77 et *Cl.*, 1896, p. 842. — Alger, 13 déc. 1897 (*Colongo*). *Cl.*, 1898, p. 723 ; Seine, 29 juillet 1897 (*Pierrattini*). *Cl.*, 1898, p. 728. — Cour Paris, 7 avril 1903 (*Raffaele*). *Cl.*, 1903, p. 163 et 865. — Rapprocher encore Seine, 10 mars 1891 (*Gourski*). *Cl.*, 1891, p. 505. — V. également un arrêt de la Cour de Rouen du 6 avril 1887 (*Bosmelet c. D'Argentré*) qui reconnaît toute validité en France à la conversion obtenue en Suisse avant 1884 par le mari naturalisé suisse contre sa femme demeurée française.

(2) Alger, 27 janvier 1892 (*Andrès*). *Cl.*, 1892, p. 662. — Nice, 10 janvier 1894 (*Ceretti*). *Cl.*, 1894, p. 122. — Narbonne, 21 déc. 1898 (*Bordes*). *Cl.*, 1899, p. 350. — Seine, 1er juillet 1902 (*Raffaele*). *Cl.*, 1903, p. 163.

ment ou non avec ce motif, on invoque parfois la notion du mariage-contrat ; « de même, décide le tribunal de Nice, que dans un contrat ordinaire, l'une des parties ne peut se soustraire aux suites de la convention, de même l'un des conjoints ne peut, seul et au moyen d'un changement de nationalité, éviter l'un des effets de la loi qui régit le mariage, c'est-à-dire l'indissolubilité de l'union conjugale » (1). Dans la même mesure, certains jugements relèvent les conséquences fâcheuses d'un divorce acquis dans de telles conditions ; « Attendu, lit-on dans un arrêt de la Cour de Montpellier, que le mari divorcé pourrait contracter un second mariage, tandis que la femme, à qui son statut personnel interdit le divorce, resterait mariée sans avoir de mari, ce qui ne l'empêcherait pas de devenir bigame si elle se remariait... » (2).

En conclusion, quel que soit l'argument invoqué, ces décisions donnent compétence à la dernière loi nationale commune, et écartent ainsi la demande qui leur est adressée. Mais il est intéressant de noter que, par application du même système, un jugement du Tribunal de la Seine, saisi d'une demande en conversion formée par une Française contre son mari naturalisé italien, estima qu'au regard de la loi française, le sieur G... était resté dans les liens civils créés par son mariage en France » et et déclara la demande recevable (3).

La promulgation en France de la Convention de La Haye du 12 juin 1902 mit presque entièrement fin à ces divergences de jurisprudence (4) : le système adopté était, aux termes de l'article 8, celui de la dernière législation commune aux deux époux (5). Il était en effet décidé que désormais aucun effet ne devrait s'attacher au changement de nationalité survenu dans la personne de l'un des époux, du moins dans la mesure où il s'agirait

(1) Nice, 9 déc. 1896 (*Serra*). *Cl.*, 1897, p. 333.

(2) Cour Montpellier (*Bordes*), 19 février 1900. *Cl.*, 1900, p. 955.

(3) Seine, 7 janvier 1885 (*G...*). *Cl.*, 1885, p. 177. — V. à ce sujet Pillet, *Traité*, t. I, p. 608.

(4) Décret publié au *J. O.* le 26 juin 1904.

(5) Art. 8 : « Si les époux n'ont pas la même nationalité, la dernière législation commune devra, pour l'application des articles précédents, être considérée comme leur loi nationale. »

de la dissolution de l'union contractée sous l'empire de la précédente législation commune. C'était donc à celle-ci que devrait, à l'avenir, se référer le tribunal saisi d'une demande de divorce entre époux ayant eu une même nationalité, et cela alors même qu'elle contiendrait à cet égard des dispositions plus libérales que le nouveau statut personnel de l'époux naturalisé ou réintégré. A vrai dire, cette hypothèse exceptionnelle ne paraît plus s'être présentée dans la pratique judiciaire française. Nos tribunaux ont eu en effet uniquement à connaître d'espèces dans lesquelles soit le mari soit la femme était, avant de devenir Français, soumis à une législation exclusive du divorce ou plus restrictive que la nôtre quant à ses causes. Ils ont appliqué, dans ce cas, la disposition de l'article 8, du moins quand l'autre époux était le ressortissant d'un pays signataire de la Convention, notamment quand il avait conservé la nationalité italienne (1). Mais les divergences qui se sont fait jour en jurisprudence, quand l'autre époux n'appartenait pas à un pays signataire de la Convention, établissent clairement que la règle de l'article 8 était loin d'avoir la valeur d'un principe général. Certaines décisions s'y sont conformées ; c'est ainsi que, faisant application de la loi espagnole, dernière loi nationale commune, les tribunaux français ont refusé de prononcer le divorce entre un étranger naturalisé français et sa femme demeurée espagnole (2) ; cette solution se justifiait par cette raison que l'Espagne, à cette époque, très hostile au divorce, s'était abstenue de ratifier la convention, la considérant comme trop favorable au

(1) Amiens, 21 mars 1906 (*Tarallo*). *Rev.*, 1908, p. 469. — Seine, 28 juin 1910 (*Vittorelli*). *Rev.*, 1911, p. 358. — Seine, 10 janvier 1911 et Paris, 26 octobre 1911 (*Bonamici*). *Rev.*, 1911, p. 81 et *Cl.*, 1914, p. 189. — Marseille, 27 juin 1907 (*Goso*). *Cl.*, 1908, p. 1129 , ce jugement omet de viser l'article 8 de la Convention de La Haye, mais repousse néanmoins la demande conformément aux principes généraux. — Rapprocher Paris, 25 avril 1913 (*Gillardi*). *Rev.*, 1914, p. 130, qui accorde la conversion, parce que la défenderesse, ayant cessé de résider en Italie, a perdu la nationalité italienne (V. *supra*, p. 230, note 1) et est devenue apatride : elle ne peut plus dans ces conditions exciper de la Convention contre son mari Français par naturalisation.

(2) Epernay, 10 nov. 1905 (*Camos*). *Rev.*, 1906, p. 518. — Seine, 3 mars 1908 (*Ruiz Vincente*). *Rev.*, 1911, p. 651 et *Cl.*, 1908, p. 1130. — Rapprocher Dieppe, 19 juin 1905 (*Eastabrook* : mari Anglais, femme Française). *Rev.*, 1906, p. 515.

divorce. A l'inverse, d'autres juridictions ont accordé le divorce ou la conversion, motif pris de ce que l'étranger naturalisé français a les droits qui sont accordés par la loi au Français de naissance (1).

Toujours est-il que l'incertitude de la jurisprudence se limitait aux hypothèses dans lesquelles le conjoint demeuré étranger appartenait à un pays non signataire de la Convention.

Mais la France fut amenée, pour des raisons militaires et politiques, à dénoncer les accords de La Haye (2) à dater du 1er juin 1914 et les tribunaux, en l'absence de toute règle légalement applicable, rendirent à nouveau des décisions en sens contraire. Cet état de choses dura aussi longtemps que la Cour de cassation n'eut pas statué sur la question. Les uns, reprenant les arguments invoqués antérieurement à la Convention ou s'inspirant du principe contenu dans l'article 8, refusèrent d'accorder le divorce ou la conversion ; c'est en ce sens que, le problème fut tranché par le Tribunal de Sousse, qui, dans un jugement fortement motivé, déclara irrecevable la demande en divorce formée par une femme naturalisée française contre son mari, demeuré Italien (3). Pareillement les tribunaux de Nice et de Pau repoussèrent des demandes introduites contre un conjoint autrichien (4).

Mais à l'inverse, et cela dès 1914, il fut jugé qu'un tribunal français pouvait, à bon droit prononcer le divorce ou la conversion au profit d'un étranger naturalisé ou réintégré, bien que la dernière législation commune n'admît pas le divorce (5). C'est

(1) Bône, 14 mai 1907 (*Muscat* ; mariage d'une Italienne avec un Maltais ; le mari naturalisé Français demande le divorce). *Cl.*, 1908, p. 466. — Seine, 17 mai 1910 (*Estevez* : époux Espagnols, mari naturalisé Français). *Rev.*, 1911, p. 650.

(2) Sur les motifs de la dénonciation, V. notamment X..., *La dénonciation des Conventions de La Haye*. *Rev.*, 1914, p. 364 et s. — Travers, même titre. *Cl.*, 1914, p. 778.

(3) Sousse, 2 déc. 1915 (*Carmen Fiore c. Giovannina Cardinale*). *Rev.*, 1918, p. 96.

(4) Pau, 25 janvier 1915 (*Durig*). S. 1915.2.49 et *Cl.*, 1916, p. 1597. — Nice, 17 janvier 1921 (*Rainer*). *Rev.*, 1921, p. 509.

(5) Seine, 7 juillet 1914 (*Volpe* ; époux italien ; femme réintégrée dans la nationalité française). *Rev.*, 1918, p. 95. — Tunis, 8 déc. 1920 (*Radano c. Pellegrino*). *Cl.*, 1923, p. 110 et *Rev.*, 1921, p. 514. V. pour des époux précédemment

en ce sens que se prononcèrent, dans l'affaire *Ferrari*, successivement le Tribunal, puis la Cour de Lyon, saisis d'une demande en conversion formée par une femme mariée Italienne réintégrée depuis peu dans la nationalité française (1).

Les choses en étaient là, quand le problème fut, sur pourvoi formé par M. de Ferrari contre l'arrêt précité de la Cour de Lyon, soumis à l'examen de la Chambre civile de la Cour de cassation ; mais il fallut deux arrêts pour apaiser presque définitivement la controverse judiciaire. A vrai dire, le premier arrêt rendu le 6 juillet 1922 décidait bien qu'un étranger marié sous l'empire d'une loi qui comporte l'indissolubilité du lien conjugal peut divorcer après réintégration ou naturalisation dans la nationalité française. Cette solution est expressément consacrée dans les termes suivants : « Attendu que si les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent le Français qui recouvre cette qualité après l'avoir perdue, d'où il suit que la dame G... par l'effet du décret prononçant sa réintégration, devrait être admise, à demander la Conversion de la séparation de corps en divorce, elle ne pouvait exercer ce droit qu'en se conformant aux règles édictées par la loi française, laquelle régissait désormais son statut personnel... » (2). Mais la décision attaquée était infirmée, motif pris de ce que la séparation dont la conversion était demandée, avait fait l'objet, conformément à la loi italienne, d'une simple convention et ne pouvait servir de base à un jugement de conversion.

L'affaire entra alors dans une deuxième phase : M^me^ de Ferrari forma directement une demande en divorce, faisant totalement abstraction de la séparation amiable intervenue autrefois. Liés par les termes dans lesquels la Chambre civile avait précédemproclamé le droit pour la demanderesse d'exercer tous les droits

soumis l'un et l'autre à la législation maltaise, Tunis, 1^er^ mars 1922 (*Savi c. Cafaï*). *Rev.*, 1922, 1923, p. 777.

(1) Tribunal de Lyon, 2 juillet 1916 et Cour Lyon, 26 juin 1917. *Rev.*, 1922-1923, p. 444.

(2) Civ., 6 juillet 1922. D. 1922.1.137 (Rappr. A. Colin). — La Cour de Grenoble, cour de renvoi, repoussa, mais uniquement par application de l'article 310, la demande en conversion ; arrêt du 23 mai 1923. *Gaz. Pal.* 1924.2.70.

conférés par les lois françaises, le Tribunal, puis la Cour de Lyon, à nouveau saisis, ne purent que faire droit à cette demande. Un deuxième arrêt de la Chambre civile en date du 14 mars 1928 confirma la thèse de l'assimilation de l'étranger naturalisé ou réintégré avec un Français de naissance et déclara recevable l'action directe en divorce (1). L'arrêt décidait encore que les faits invoqués peuvent se placer à une époque antérieure au changement de nationalité, attendu « que la cause d'une action en divorce réside moins dans les faits matériels allégués par le demandeur que dans l'atteinte profonde et permanente que ces faits apportent au lien matrimonial en rendant la vie commune intolérable, atteinte qui ne peut être effacée que par la réconciliation... »

Depuis ces arrêts désormais célèbres, la Chambre civile eut à deux reprises l'occasion d'affirmer sa doctrine. Ces arrêts ne comportent d'ailleurs aucune argumentation nouvelle ; le premier d'entre eux rejetant le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour d'Appel d'Aix du 26 juillet 1926, qui avait accordé à un étranger naturalisé le droit au divorce, retient simplement que « jouissant de tous les droits civils qui appartiennent aux Français, l'étranger naturalisé est, en effet, aux termes de l'article 3 du Code civil régi par la loi française quant à son droit et à sa capacité... (2). De même l'arrêt rendu le 5 février 1929 dans une affaire *Mancini* s'appuie sur l'article 3 alinéa 3 du Code civil. « Par l'effet du décret lui conférant la nationalité française, dit cet arrêt, Mancini a puisé dans son statut personnel nouveau le droit de demander la conversion en divorce de la séparation de corps existant depuis plus de trois ans entre lui et la dame Mancini... » (3).

Cette solution est, à deux exceptions près, définitivement admise par la jurisprudence française contemporaine, qui a

(1) Civ., 14 mars 1928. *Cl.*, 1928, p. 382 (note Morillot). *Rev.*, 1928, p. 651. — *Revue trimestrielle*, 1928, p. 891 (note Gaudemet).

(2) Civ., 7 mai 1928 (*Giglio*). *Rev.*, 1928, p. 653. D. 1929.1.65 (note Demontès). S. 1929.1.9, note Niboyet.

(3) Civ., 5 février 1929 (*Mancini*). *Cl.*, 1929, p. 1258. S. 1930.1.81 (note Audinet).

écarté le système de la dernière législation commune. Les décisions rendues en ce sens sont particulièrement abondantes (1) mais leurs motifs n'innovent en rien sur ceux des arrêts de la Cour de Cassation. Quelques dissidences se sont manifestées ; il y a lieu de relever tout particulièrement les motifs pour lesquels le tribunal civil d'Aix a déclaré irrecevable l'action en divorce intentée par la dame *Depetris*, naturalisée française contre son mari demeuré italien. Le jugement intervenu en l'espèce s'attache à montrer en quoi la jurisprudence classique s'appuie à tort sur l'article 3 alinéa 3 du Code civil dont il écarte l'application en disant « qu'il ne s'agit nullement d'une question de capacité ou de jouissance, mais bien de l'existence même d'un droit... » qu'au surplus, « si par saine application de l'article 3 *in fine* du Code civil, on tient toujours compte, au moment du mariage, du statut de l'étrangère qui épouse un Français, on doit en tenir compte également quand il s'agit de dissoudre cette union, d'autant plus que la naturalisation n'a pas d'effet rétroactif et ne doit pas préjudicier aux droits antérieurs des tiers... » (2).

Mais la solution contraire paraît bien prévaloir, à en juger

(1) Lyon, 31 janvier 1924 (Italien naturalisé). *Rev.*, 1924, p. 138. — Tunis, 2 avril 1924 (Anglo-maltais naturalisé). *Rev.*, 1924, p. 138. — Draguignan, 5 juin 1924. *La Loi*, 15 oct. 1924. — Tunis, 11 juin 1924 (*Blachig c. Bristot* ; Italienne réintégrée). *Cl.*, 1925, p. 770. — Nice, 23 juin 1924. *La Loi*, 15 oct. 1924. — Lyon, 12 déc. 1924. *Rev.*, 1925, p. 138. — Lyon, 4 mars et Cour Lyon, 17 déc. 1925 (*Ferrari*, 2e phase). D. 1926.2.75 et *Gaz. Pal.* 1926.2.385. — Seine, 21 juillet 1927 (*Landau c. Jahier*). *Foro Ligure*, 1928, p. 738 (note Poirier, avocat à Bruxelles). — Nice, 25 oct. 1927 (*Fossati c. Nardi* ; Italien naturalisé). *Cl.*, 1928, p. 645 et *Rev.*, 1928, p. 328. — Colmar, 10 janvier 1928 (*Lenner* ; Autrichienne naturalisée). *Rev. jurid. d'Alsace-Lorraine*, 1928, p. 344. — Tribunal d'Aix, 3 déc. 1928 (*Rangier c. Giordanno*, Italienne réintégrée). D. H. 1929, p. 108. — Cour Lyon, 2 janvier 1929 (Italien naturalisé). *Sem. jurid.*, 1929, p. 726. — Cour Limoges, 26 février 1929 (*Didero c. Pistoletto* ; Italien naturalisé). *Cl.*, 1930, p. 368. — Cour Nîmes, 15 avril 1929 (*Rosati c. Bernardin*). *Sem. jurid.*, 1929, p. 726. — Paris, 11 juillet 1930 (*Petit-gax*, Italien naturalisé). *Rev.*, 1930, p. 680. — Cour Douai, 6 juin 1932 (*Toler*, Anglaise réintégrée). Jurisprudence Douai, juin 1932.

(2) Aix, 23 janvier 1928 (*Depetris*). *Cl.*, 1928, p. 1196. — V. encore Tribunal Limoges, 16 mai 1928 (non publié) réformé par Cour de Limoges, 26 février 1929, précité. — Tribunal Nîmes, 18 février 1927 (non publié) réformé par Cour Nîmes, 15 avril 1929, précité. — Tribunal Boulogne-sur-Mer, 20 nov. 1931 (*Toler*) réformé par Douai, 6 juin 1932, précité.

d'après l'ensemble des décisions rendues depuis l'affaire Ferrari ; et les Cours d'Appel ont jusqu'à présent toujours infirmé les décisions qui ne s'étaient pas conformées au principe posé par la Cour de cassation.

Section II.

Aperçu des solutions étrangères.

On sait que deux pays voisins de la France, la Belgique et la Suisse, ont également dénoncé la Convention de La Haye sur le divorce. Il résulte de là que les tribunaux belges et suisses ne sont plus tenus d'observer la règle édictée par l'article 8 ; mais s'en inspirent-ils encore, par exemple, pour déclarer irrecevable la demande en divorce formée par une femme réintégrée contre son mari resté soumis à une législation qui exclut le divorce ? Ou bien, adoptant la ligne de conduite tracée par la Cour de Cassation dans l'affaire Ferrari, se prononcent-ils, en l'espèce, pour la recevabilité de l'action ? C'est là une question qui nous paraît mériter un examen quelque peu détaillé ; nous donnerons ensuite un aperçu des solutions qui sont données à ce problème ailleurs que dans ces deux pays, soit dans les textes, soit dans la pratique judiciaire.

* * *

La Convention de La Haye a été, rappelons-le, dénoncée par la Belgique le 31 octobre 1918 ; mais à l'inverse de ce qui s'est passé en France, le débat qui a été rouvert par cette dénonciation n'a pas encore reçu de solution définitive en jurisprudence belge ; car la Cour de Cassation belge n'a pas encore eu à se prononcer ; et il n'est pas dit qu'elle adoptera la thèse des arrêts Ferrari, quand elle sera saisie de la question. La jurisprudence belge est en effet divisée : un nombre sensiblement égal de décisions se sont, dans ces dernières années, prononcées pour et contre la recevabilité de la demande formée dans les conditions que l'on sait.

Examinons d'abord celles d'entre elles qui ont accordé le divorce ; elles ne font guère que reprendre une argumentation que nous connaissons déjà. « La réintégration de la demanderesse, lit-on, ne comporte aucune restriction ; elle possède dès lors les mêmes droits que si elle n'avait jamais cessé d'être Belge » (1) ; ou encore « la demanderresse se trouve désormais régie quant à son statut personnel et à sa capacité civile par la loi belge exclusivement » (2). On y retrouve également cet autre argument « qu'on ne saurait subordonner l'application des lois sur la nationalité au respect du principe prétendument supérieur, selon certaine doctrine, du droit acquis à l'indissolubilité du mariage dans le chef du conjoint défendeur marié sous l'empire d'une loi proclamant cette indissolubilité » (3). Mais on introduit, en outre, dans le débat la notion d'ordre public. On relève en effet dans le jugement précité du Tribunal civil de Bruxelles du 27 juin 1928 que « la législation sur le mariage et le divorce sont d'ordre public ; ...que les tribunaux belges ayant à choisir entre l'application de deux législations (contradictoires) doivent avant tout faire application de leur loi nationale ; ... que dans l'espèce, s'en tenir à la loi étrangère serait porter atteinte à l'ordre public belge ». Dans sa décision du 20 mai 1931, la même juridiction précise « qu'il ne pourrait, sans arbitraire et déni de justice, être refusé à la demanderresse par un tribunal belge l'exercice d'un de ses droits civils et notamment d'un de ceux qui se rattachent à l'ordre public national, tel celui de postuler le divorce... ; qu'il se concevrait difficilement... qu'un époux puisse, en se réclamant de sa propre législation, paralyser l'action des lois d'ordre public, qui conditionnent le statut national de son conjoint.... » Pareillement, le Tribunal civil de Mons apprécie suivant la loi belge la demande en divorce formée par une femme réintégrée dans la nationalité belge contre son mari, ci-devant sujet de l'Empire russe ; mais l'espèce est

(1) Tribunal Bruxelles, 27 juin 1928 (*Lories c. Miz*). *Cl.*, 1932, p. 490 (mari demeuré Espagnol).

(2 et 3) Tribunal Bruxelles (*Rifflart c. Natan*, mari demeuré Italien), 20 mai 1931. *Cl.*, 1932, p. 492.

moins caractéristique que les deux précédentes, car la législation belge est déclarée compétente également comme loi du dernier domicile des époux, solution ordinairement consacrée en jurisprudence quand l'un des deux époux est apatride (1).

La thèse de l'indissolubilité a été, par ailleurs, vigoureusement défendue dans deux décisions, récentes elles aussi. Par un jugement du 8 juillet 1928, le Tribunal civil de Mons déclare irrecevable la demande en divorce formée contre son mari italien par une femme, réintégrée dans la nationalité belge, au cours de l'instance ; mais les juges précisent que la requête ne serait pas recevable, même dans le cas où la demanderesse aurait recouvré la nationalité belge avant le dépôt de la requête en divorce ». « Ce fait, lit-on, dans ce jugement, ne peut avoir pour conséquence de modifier unilatéralement une des stipulations de la convention conclue entre les parties par leur mariage, même en ce qui concerne l'indissolubilité du mariage » (2). Un jugement antérieur de ce même Tribunal rejette une demande formée dans des conditions semblables ; mais on ne peut en tirer un argument car il ne dit pas, comme la décision que nous venons d'analyser, dans quel sens il aurait statué si la demanderesse avait recouvré la nationalité belge avant l'ouverture de l'instance en divorce (3).

Le problème se posa peu après, exactement dans les mêmes circonstances, devant le Tribunal civil de Liége ; mais rien dans le jugement n'indique que les juges aient eu connaissance de la réacquisition tardive de la nationalité belge par la demanderesse et tout se passa comme si cette dernière était redevenue belge avant l'introduction de l'instance en divorce. Aussi, est-il particulièrement intéressant de relever les motifs pour lesquels la demande fut repoussée. A vrai dire, on sent, à la lecture de la décision, que les juges ont eu surtout la préoccupation de combattre l'argument tiré de l'ordre public, auquel le Tribunal civil de Bruxelles avait antérieurement cru devoir faire appel

(1) Tribunal civil de Mons, 28 juin 1928. *Pasicr.* 1929.3.25.
(2) Mons, 8 juillet 1928. *Cl.*, 1928, p. 1255.
(3) Mons, 8 avril 1927. *Belgique judiciaire*, 1927, nos 25 et 26.

pour déclarer recevables des demandes analogues. Relevons notamment ces considérants : « Attendu que c'est à tort que la demanderesse soutient qu'ayant recouvré sans restriction la nationalité belge, il serait contraire à l'ordre public de la priver, en raison de la législation étrangère qui règle l'état de son conjoint, d'une partie des droits que lui confère son statut personnel ;... que les dispositions de la loi instituant le divorce sont d'ordre public, mais qu'en cette matière l'autorité de la loi nationale est primée par le principe de la personnalité des lois sur l'état et la capacité des personnes ; que l'indissolubilité du mariage n'a rien de contraire à l'ordre public international ;... que l'impossibilité dans laquelle peut se trouver un sujet belge de demander le divorce contre un conjoint étranger n'a donc en soi rien de contraire à l'ordre public... » (1). C'est dans ces conditions que le Tribunal de Liége rejette la demande en divorce dont il était saisi. L'affaire vint en appel devant la Cour de Liége, qui rendit une décision dans le même sens, mais pour le motif que l'appelante réintégrée le 6 juin 1929 seulement était encore de nationalité italienne le 16 mai 1928, date à laquelle elle avait engagé l'instance en divorce contre son mari. Mais l'arrêt ne dit pas quelles auraient été les conséquences sur la recevabilité de l'action d'un recouvrement de nationalité effectué avant le 16 mai 1928 (2).

En conclusion, la controverse reste ouverte dans la jurisprudence belge et il est difficile d'indiquer laquelle des deux solutions sera adoptée en définitive.

Il n'en va pas de même en ce qui concerne la jurisprudence suisse : le Tribunal Fédéral a, dans un arrêt récent, pris nettement position en faveur de la recevabilité de la demande. Il ne pouvait d'ailleurs guère en être autrement, et cela pour les raisons suivantes. Tout d'abord il est très certain que l'application de l'article 8 de la Convention de La Haye suscitait depuis longtemps un vif mécontentement, qui avait pour résultat que,

(1) Tribunal de Liège, 8 novembre 1929 (*Pirard c. Gorgonzola*). *Rev.*, 1933, p. 353. — *Cl.*, 1930, p. 1104.

(2) Cour de Liège, 2 février 1931 ; même affaire. *Cl.*, 1932, p. 494.

si les tribunaux suisses l'observaient dans les rapports avec les pays cosignataires, notamment avec l'Italie (1), ils décidaient d'une façon constante que seule la loi suisse était compétente pour décider de la recevabilité de la demande en divorce formée par une personne naturalisée ou réintégrée dans la nationalité suisse, contre un conjoint étranger, ressortissant, par exemple de l'Autriche (2), de la Russie (3), c'est à dire d'un pays n'ayant pas adhéré à la Convention.

En outre, la dénonciation de la Convention par la Suisse eut pour cause essentielle les difficultés soulevées par l'application de l'article 8.

Dès 1925, au cours de la cinquième session tenue à La Haye, la délégation suisse exprima le désir que des réserves fussent apportées à la compétence de la dernière législation commune des époux (4). Lors de la sixième session, en 1928, elle réitéra ses doléances, et demanda que la compétence fût exclusivement attribuée à la loi de la partie demanderesse (5). Mais elle ne put obtenir que l'adjonction d'un protocole nº II, laissant à chaque Etat signataire « le soin de régler par sa propre législation la question de savoir si la demande en divorce faite par une femme ayant sa résidence habituelle dans un des Etats contractants dont elle possédait la nationalité lors de son mariage avec un étranger et dont elle a acquis à nouveau la nationalité après séparation de corps, sera recevable devant la juridiction de cet

(1) Winterthur, 16 oct. 1916, Tribunal Supér. Zurich, 6 juin 1917 et T. F., 6 déc. 1917 (*Arnaboldi*). *Rev.*, 1921, p. 134. — Cour Genève, 27 janvier 1922 et T. F., 23 mars 1922 (*Bianchetti*). *Rev.*, 1922-1923, p. 345.

(2) T. F., 9 juillet 1914 (*Wismeyer*). *Rev.*, 1914, p. 659.

(3) T. F., 2 mars 1922 (*Lubomirski*). *Cl.*, 1922, p. 752. — Sur ces deux décisions V. commentaire approbatif dans un article du *Journal des Tribunaux de Lausanne*, du 30 avril 1922, rapporté au *Cl.*, I, 1922, p. 621.

(4) Documents relatifs à la 5e session tenue du 12 octobre au 7 nov. 1925 (La Haye, Imprimerie Nationale), p. 390. Le Conseil Fédéral avait fait le projet de rédaction suivant : « Lorsque la femme a perdu par le mariage sa nationalité antérieure et acquis à nouveau cette nationalité après séparation de corps judiciaire, le divorce peut être prononcé en conformité de la loi nationale, même s'il n'est pas admissible d'après la dernière législation commune... Le pays d'origine du mari peut ne pas reconnaître un tel divorce. »

(5) Documents relatifs à la 6e session tenue du 5 au 28 janv. 1928. — Doc. 1928.3. Question nº 10, p. 338, 339.

Etat et pourra être accueillie à raison d'une cause de divorce reconnue par la loi nationale de cet Etat ». La faculté était en outre laissée à l'Etat dont le mari était ressortissant de ne pas reconnaître le divorce prononcé dans ces circonstances (1).

Le gouvernement suisse entreprit aussitôt des démarches auprès du gouvernement italien en vue d'obtenir son adhésion à ces nouvelles dispositions ; mais celles-ci demeurèrent vaines. Cette attitude amena la Suisse à dénoncer, par une note qui parvint à La Haye le 28 novembre 1928, la Convention de 1902, avec effet à dater du 1er juillet 1929, en précisant que la cause de la dénonciation résidait dans la teneur de l'article 8 (2). Aussi s'explique-t-on très bien que, postérieurement à cette dénonciation, le Tribunal Fédéral, faisant droit à la requête dont il était saisi par une femme réintégrée dans la nationalité suisse, ait autorisé, dans une affaire *Radrizzani*, la conversion en divorce d'une séparation de corps qui avait été prononcée par une juridiction italienne à une époque où les deux époux étaient encore l'un et l'autre sujets italiens (3). Et il y a lieu de penser que la jurisprudence suisse est définitivement fixée en ce sens.

* * *

La Convention de La Haye relative au divorce reste en vigueur dans quelques pays dont nous avons donné précédemment la liste (4). Il résulte de là que, par exemple, seule la législation italienne est compétente pour régir les rapports résultant du mariage contracté entre un Italien et une Roumaine, alors que celle-ci, ayant recouvré la nationalité roumaine, sollicite des tribunaux roumains la conversion en divorce d'une séparation de corps antérieurement prononcée (5). Les pays contractants

(1) *Rev.*, 1928, p. 538. — Julliot de La Morandière. La 6e Conférence de La Haye. *Cl.*, 1928, p. 281 et s.

(2) V. à ce sujet, *Rev.*, 1929, p. 181 et 372. — *Cl.*, 1929, p. 813.

(3) T. F., 3 mai 1932. *Cl.*, 1932, p. 1151.

(4) V. *supra*, p. 13.

(5) C. Brasow. Arrêt 1266.14 de 1926 (*Schwertz Sibilia c. Sibilia Donato*). *Cl.*, 1927, p. 1175 ; confirmé par Cassation, 25 oct. 1928. *Rev.*, 1930, p. 517.

restent tenus d'appliquer aux époux de nationalités différentes, mais ressortissants l'un et l'autre d'un pays cosignataire, la dernière loi nationale commune. Il arrive même que ce système soit suivi dans des affaires mettant en cause des individus appartenant à des pays qui n'ont pas adhéré à la Convention ; il en est ainsi notamment en Pologne et en Suède, qui n'ont fait que reprendre dans leurs législations respectives le principe de l'article 8 (1) ; et les législateurs roumains se proposent de leur côté de consacrer expressément cette règle dans le Code civil actuellement en voie d'élaboration (2).

Les tribunaux italiens se bornent à sanctionner par le refus d'exequatur les décisions de divorce qui ont été rendues à l'étranger sans que l'article 8 ait été observé. Les espèces que nous avons relevées dans la jurisprudence italienne concernent toutes les époux dont l'un est Italien (3) ; mais la solution serait identique si par exemple un Brésilien naturalisé français entendait se prévaloir en Italie d'un divorce prononcé en France contre sa femme, toujours sujette brésilienne.

Mais parmi les pays qui font régir le statut personnel par la loi nationale, certains donnent, dans l'hypothèse que nous examinons, compétence exclusive à la loi nationale du mari ; c'est le système admis par l'article 16 de la loi japonaise du 15 juin 1898. Il convient d'en rapprocher l'article 17 de la Loi d'Introduction au Code civil allemand, qui seul est applicable, devant les tribunaux allemands, dans les rapports de l'Allemagne avec des pays non adhérents à la Convention : on sait que cet article ne tient également compte, en principe, que de la loi du mari. Il suit de là que l'acquisition par ce dernier de la nationalité italienne prive la femme du droit au divorce, du moins s'il ne s'agit pas d'une femme allemande. A l'inverse,

(1) Loi polonaise du 2 août 1926, article 17. *Rev.*, 1928, p. 190. Loi suédoise de 1904 (modifiée en 1915). Chap. V, art. 2.

(2) Avant-projet de Code civil roumain. Chap. II, art. 24. *Rev.*, 1933, p. 163.

(3) Cour Milan, 21 nov. 1906. *Cl.*, 1908, p. 1267. — Cassation Turin, 6 juin 1919 (*Bonicchi c. Mezzandri*). *Cl.*, 1920, p. 271 et *Rev.*, 1920, p. 498. — Cassation Rome, 13 nov. 1919 (*Negro c. de Stefani*), *ibid.* — C. Florence, 10 mars 1923 (*Pareto c. Bakounine*). *Cl.*, 1923, p. 1021. — C. Turin, 29 juillet 1929. *Cl.*, 1930, p. 814.

l'Italienne se verra imposer le divorce, si son mari acquiert la nationalité allemande. C'est un système sur lequel nous aurons à revenir par la suite.

Signalons enfin que la loi finlandaise du 5 décembre 1929 exige que « la cause de divorce existe aussi bien selon la loi nationale de l'un et l'autre des contractants que selon la loi finlandaise » (1). C'est une autre solution, qui, prenant en considération trois lois en présence, celle du mari, celle de la femme et celle du tribunal, donne compétence à la plus restrictive des trois. C'est là encore un système dont nous aurons plus loin à examiner le bien fondé.

Section III.

Recherche de la loi rationnellement applicable.

Examinant le problème du divorce entre époux qui ont cessé d'avoir un statut national commun, nous nous sommes bornés, jusqu'à présent, à une analyse purement objective des solutions qui lui ont été données, soit en droit positif, soit en jurisprudence. Il résulte de cet exposé qu'il y a une tendance incontestable, surtout dans la pratique judiciaire, à faire prévaloir le système de la loi nationale du demandeur, autrement dit de l'application à chaque époux de sa loi nationale en tant qu'elle lui permet de demander le divorce. Mais, ainsi que nous l'avons signalé, cette manière de voir a suscité quelques résistances de la part de certains tribunaux belges et français. Par ailleurs et surtout, sa consécration officielle par la Cour de cassation en France a déclenché une très vive controverse doctrinale, dont peu d'internationalistes se sont désintéressés. Certains d'entre eux se rangent à l'opinion de la Cour de cassation ; mais la solution des arrêts Ferrari est très vivement critiquée par un bon nombre d'auteurs, qui, faisant alors œuvre constructive, proposent de résoudre autrement la question.

Notre intention est précisément d'étudier maintenant le

(1) Art. 10. *Rev.*, 1933, p. 173.

bien-fondé des divers systèmes dont l'adoption est préconisée en notre matière ; nous examinerons tout d'abord la valeur et la portée de la solution classique. Puis, nous passerons en revue les autres théories en présence. Enfin, à l'issue de cette discussion au cours de laquelle nous aurons nécessairement été amenés à écarter certaines solutions dont nous soulignerons les vices et les inconvénients, nous défendrons la thèse qui rationnellement nous paraîtra la plus conforme à la nature et au but du droit international privé.

I. — *Examen de la thèse Ferrari : compétence de la loi nationale du demandeur.*

L'examen de ce système, qui paraît aujourd'hui, l'emporter dans la jurisprudence française, ne nous retiendra pas bien longuement. C'est qu'en effet il a déjà fait l'objet d'une abondante littérature, où l'on trouve exposées à la fois l'argumentation sur laquelle il repose et les critiques très vives dont il fait l'objet (1). Aussi, nous bornerons-nous à rappeler brièvement la

(1) Acceptent ce système : Ambelonis, *De l'effet du changement du statut personnel de l'un des époux, principalement en cas de divorce et de séparation de corps.* Thèse Paris, 1929. — Asser et Rivier, *Eléments*, t. II, p. 160-161. — Boussus, *op. cit.*, p. 83. — Despagnets et de Boeck, *op. cit.*, n° 269, III, p. 821. — Demontes, note au D. 1929.1.65 sous Civ., 7 mai 1928 (*Giglio*) au point de vue interprétatif, non au point de vue rationnel. — Frankenstein, *op. cit.*, *Rev.*, 1932, p. 68-69 et *Recueil des Cours de La Haye*, III, p. 319 ; v. cependant à ce sujet *infra*, p. 277. — Laurent, *D. I. P.*, t. V, n°s 166 et s. — Lerebours-Pigeonnière, *Précis*, n° 351. — Meynial, note au S. 1895.2.89. — Morillot, « *De la conversion en divorce d'un régime de séparation de corps consensuel établi à l'étranger* ». *Cl.*, 1922, p. 545. — Perroud, note au *Cl.*, 1922, p. 14 (contra antérieurement au *Cl.*, 1905, p. 300). — Piérard, *op. cit.*, III, p. 24, n° 879. — De Vareilles-Sommières, II, n° 892 (*a fortiori* car partisan de l'application exclusive de la *lex fori*. — *Contra* : Audinet, « *De la recevabilité de la demande en divorce intentée par une femme réintégrée dans la nationalité française contre son mari resté étranger. Cl.*, 1923, p. 9. — *Op. cit., Recueil des Cours de la Haye*, 1926, t. I, p. 230 et s. — Aubry et Rau, par Bartin, 5e édit., t. VII, p. 411, n° 14.' — Calbairac, *op. cit.*, p. 120. — Crémieu, note au D. 1926.2.73 sous Lyon, 4 mars 1925. — Desbois, *op. cit.*, p. 227. — Gaudemet, note à la *Rev. trim.*, 1925, p. 588. — C. Jordan, note dans *Rev.*, 1918, p. 98 sous Sousse, 2 déc. 1915. — Lyon-Caen, note au S. 1923.1.5 sous Civ., 6 juillet 1922. — Labbé, notes au *Cl.*, 1877, p. et au S. 1878.1.192. — Laneyrie, thèse précitée. — P. Louis-Lucas, *op. cit.*, *Sem. jurid.*, *op. cit.*, 1929, p. 1043 et *Lois*

nature de cette argumentation et les objections en raison desquelles la grande majorité des auteurs déclarent le système inacceptable.

A vrai dire, il n'existe en faveur de son adoption qu'un seul argument positif : ses partisans s'efforcent par ailleurs d'écarter les objections qu'on lui adresse ; nous aurons par la suite à apprécier le bien-fondé de leur réfutation.

L'argument direct peut se résumer de la façon suivante : dans les pays qui, comme la France, ont adopté le critère de la nationalité, il est très certain que l'état et la capacité des personnes sont régis par la loi nationale de chacun : dès lors, la faculté de divorcer que le demandeur tient de sa loi nationale est, dit-on, partie intégrante de son statut personnel ; comme telle, elle constitue une règle fondamentale, une règle d'ordre public dont on ne saurait suspendre l'application sous prétexte que son conjoint est soumis à une législation plus restrictive sur ce chapitre. C'est en interprétant, conformément à ces principes, l'article 3, alinéa 3, du Code civil que nos tribunaux déclarent recevable la demande en divorce formée contre un conjoint étranger par un individu actuellement soumis à la législation française.

Ce raisonnement ne nous paraît pas irréfutable. Assurément la faculté de divorcer constitue une règle d'ordre public interne

nouvelles, op. cit., 1932, p. 382. — Pillet, *Traité pratique*, t. I, n° 287, p. 692, note à la *Rev.*, 1922-1923, p. 444 sous Civ., 6 juillet 1922. — Poullet, *Manuel*, 2e éd., n° 381. — Planiol et Ripert, t. II par Rouast. *La famille*, n° 500. — Salvioli, *Conflitto di leggi personali in materia di divorzio, Riv. d. dr. inter.*, 1927, p. 354 et s. — Surville, *op. cit.*, n° 302-303. *Cl.*, 1912, p. 22. — Valéry, *Man.*, n° 772 ; n. au D. 1901.2.25 sous Montpellier, 19 février 1900. — Weiss, *Traité*, t. III, p. 683. Parmi les adversaires du système des arrêts Ferrari nous croyons pouvoir classer aussi M. Niboyet, qui, dans son *Manuel*, n° 641, p. 750 comme sous Lyon, 17 déc. 1925 (*Rev. crit.*), 1920, p. 473-474 se déclarait favorable à l'application de la dernière loi nationale commune des époux. Il est d'ailleurs assez difficile de définir la doctrine de cet auteur ; car, à propos de l'arrêt Giglio, il a indiqué successivement ses préférences pour la loi du domicile (*Rev. crit.*), 1928, p. 466, puis pour la plus restrictive des deux lois en présence (S. 1929.1.9). Enfin, *de lege ferenda*, il s'est déclaré partisan de l'application de la loi française aux deux époux, qui pourraient l'un et l'autre demander le divorce, lorsqu'elle est la loi nationale de l'un des deux (*Bul. de la Soc. d'Et. législatives*, 1928, p. 333 et s.).

à laquelle un sujet français ne saurait se soustraire par exemple, par insertion d'une clause au contrat de mariage. Mais cette règle suit-elle partout le Français en pays étranger ? Non. Nous avons vu qu'elle est tenue en échec dans les pays qui considèrent l'indissolubilité du mariage comme une règle d'ordre public international. Au contraire la défense de divorcer, règle de statut personnel d'un Italien, le suit lorsqu'il passe en pays étranger. Nos tribunaux n'hésitent pas à rejeter la demande en divorce formée devant eux entre époux italiens. C'est qu'il y a entre les deux règles toute la différence qui existe entre une faculté légale et une prohibition légale. Le droit de divorcer n'est jamais qu'une faculté, dont on est libre de ne pas user. Il est logique que, sur le plan international, cette faculté se trouve supprimée, lorsqu'elle se heurte à la prohibition du divorce, contenue dans la loi nationale de l'autre conjoint prohibition absolue, de portée internationale, reconnue même hors des frontières de son pays d'origine.

L'argument positif sur lequel on s'appuie pour donner compétence à la loi du demandeur ne semble donc pas sans réplique, mais ce n'est pas tout : cette solution encourt pour des raisons qui sont à la fois d'ordre théorique et d'ordre pratique, de graves objections que nous allons maintenant exposer.

L'idée n'est pas neuve qu'il ne saurait appartenir à l'un des époux, de modifier, par le moyen d'un changement unilatéral de nationalité, le statut matrimonial commun qui a été établi entre les deux époux, lors de la célébration de leur mariage, par l'accord de leurs deux volontés. Autrement dit, le mariage est un contrat (1) : deux individus ont, d'un commun accord, participé à son élaboration ; pareillement les deux mêmes individus doivent se mettre d'accord pour y apporter des remaniements. « Un époux ne doit pas pouvoir par sa seule volonté, dit-on, modifier le statut du mariage, qui a été le résultat d'un consentement réciproque » (2). Dès lors, si les deux époux se sont mariés sous l'empire d'une loi qui prohibe le divorce, ils ont

(1) Labbé, note au S. 1878.1.195. — Surville et Arthuys, *op. cit.*, n° 304.
(2) Crémieu, note au Dalloz 1926.2.74.

respectivement un droit acquis à l'indissolubilité du mariage qu'ils ont contracté.

La conception du mariage-contrat est depuis très longtemps vivement combattue ; on estime qu'il ne peut y avoir assimilation absolue du mariage à un contrat ; la puissance publique intervient dans sa conclusion : le seul accord des parties est inopérant. On peut, dans ces conditions, hésiter à le considérer comme un contrat ordinaire, soumis à l'article 1134 du Code civil.

Cependant M. Crémieu fait très justement observer que cet accord est la cause première du lien conjugal, sans lequel il ne pourrait y avoir union ; il pense même qu'étant donné la gravité de l'acte, il faut *a fortiori* faire application de la règle consacrée par l'article 1134 (1).

La jurisprudence et avec elle certains auteurs écartent la théorie des droits acquis, par une objection que d'aucuns tiennent pour irréfutable. « Avant de prétendre qu'il y a droit acquis à ce point de vue international, écrit M. Demontès, c'est-à-dire qu'il existe une situation juridique que les tribunaux étrangers, sous peine d'injustice, doivent respecter, il faut établir que le droit invoqué existe bien comme droit personnel et intangible au regard de la loi nationale sous l'empire de laquelle on le prétend acquis. Or, en matière de divorce — et peut-être plus généralement en matière de statut personnel — la nature des institutions ne permet pas l'acquisition définitive d'un droit » (2). Et M. Demontès et les auteurs qui partagent son opinion montrent comment le statut des gens mariés, notamment les modes de dissolution du mariage, peuvent être modifiés par une loi d'un jour à l'autre. A supposer qu'une réforme législative introduise le divorce en Italie, aucun sujet italien — pas plus qu'aucun Français en 1884 — ne pourra prétendre qu'il a un droit acquis à l'indissolubilité du mariage. Dès lors, concluent-ils, comment pourrait-il avoir en droit international privé plus de

(1) *Eod. loc.*

(2) Note au D. 1929.1.66. Dans le même sens, Lerebours-Pigeonnière, *Précis*, n° 293, p. 267 et 268.

droit qu'il n'en a en droit interne ? » Puisqu'une loi peut modifier le statut personnel d'un individu, le même effet doit s'attacher au changement unilatéral de nationalité.

Cet argument ne paraît cependant pas décisif. Le critérium des droits acquis n'est pas le même en droit interne et en droit international, répond-on ; de ce que le législateur peut introduire par une loi le divorce, on ne peut pas déduire de là la possibilité pour un individu marié de se soumettre par un changement de nationalité à une loi plus libérale que celle que régit actuellement son statut personnel. On ne peut assimiler les effets d'un acte de volonté individuelle à un acte législatif (1).

Quoi qu'il en soit, dût-on concéder que l'objection tirée de la théorie des droits acquis n'est pas absolument décisive, en raison des controverses qu'elle suscite, il n'en demeure pas moins que le système de la Cour de cassation encourt d'autres critiques, amplement suffisantes pour justifier son rejet.

Et tout d'abord il ne mène à aucune solution internationale ; bien au contraire, il fait naître des « complications inextricables », un chaos juridique dont bien des auteurs déjà se sont plu à tracer le tableau (2). Qu'il nous suffise de signaler simplement que les tribunaux italiens, par exemple, se sont toujours refusés à délivrer l'exéquatur à des jugements étrangers prononçant le divorce entre époux dont l'un a la nationalité italienne (3). En outre, certains Etats tiers, plus ouverts à la tendance internationaliste, adoptant la même attitude que le pays d'origine, tiendront pour nulle la décision qui aura été rendue en violation du statut personnel de l'un des conjoints. Et les conséquences pratiques, déjà fâcheuses, le deviennent encore davantage, qu'il s'agisse du remariage de l'un des conjoints ou du règlement des rapports personnels et pécuniaires entre époux.

Aussi bien, les partisans de ce système reconnaissent-ils que donner compétence à la loi du demandeur peut provoquer des

(1) V. notamment Gaudemet, *op. cit.*, *Rev. trim.*, 1925, p. 592. — Audinet, *Rec. Cours de La Haye*, 1926, I, p. 233.

(2) V. notamment Pillet, *op. cit. Rev.*, 1922-1923, p. 462.

(3) Cass. Turin, 6 juin 1919. *Rev.*, 1920, p. 498. — Cass. Rome, 13 nov. 1919. *Rev.*, 1920, p. 498. — Cour Florence, 10 mars 1923. *Cl.*, 1923, p. 1021.

résultats regrettables ; mais ils soutiennent qu'il n'y a pas lieu de faire céder devant eux le caractère impératif de la règle que le statut personnel est déterminé par la loi nationale de chacun. La jurisprudence française s'est exprimée très clairement à cet égard. Ne relève-t-on pas en effet dans un des jugements de l'affaire Ferrari cet attendu « que la considération des conséquences que peut avoir la coexistence de deux législations inconciliables sur un point est un problème non d'ordre juridique, mais d'ordre politique »? (1).

Nous ne pouvons que nous élever contre une pareille conception, qui ne cadre en rien avec la nature du droit international privé ; cette branche du droit tend avant tout vers l'atténuation des conflits de lois et ce n'est pas en se désintéressant des effets extraterritoriaux des décisions de justice que le but sera atteint. Il nous semble, bien au contraire, qu'un jugement rendu dans cet esprit soulève encore bien plus de conflits qu'il n'en résoud ; et c'est une solution à laquelle nous ne pouvons souscrire. Nous pensons avec Pillet que « dans les questions qui sont internationales par les circonstances dans lesquelles elles sont nées, les seules solutions définitives sont celles qui résultent de l'application d'un principe de droit international ». Or ce n'est pas observer un principe de droit international que de rendre une décision sans se préoccuper de savoir quelles en seront les répercussions à l'étranger. Mais ce n'est pas tout.

En réalité, l'adoption de ce système par la Cour de cassation ne sert qu'à masquer le même « exclusivisme » national qui apparaît très nettement à la suite des solutions consacrées par la jurisprudence en matière de qualifications, en matière d'ordre public international et à propos de la théorie du renvoi (2). Encore ne le masque-t-on pas toujours. En certains cas, on avoue ouvertement que l'on désire faire prévaloir la loi fran-

(1) Lyon, 4 mars 1925. D. 1926.2.73.

(2) Crémieu, note au D. 1926.2.75. Cet auteur s'exprime à ce sujet en disant que la solution Ferrari est « la manifestation des tendances de nos tribunaux à faire prévaloir la loi française, toutes les fois qu'ils le peuvent. Lorsqu'il y a doute sur la loi compétente, nos tribunaux donnent généralement la préférence à la loi française ».

çaise, c'est ainsi que la décision précitée du Tribunal de Lyon n'hésite pas à décider qu'en « cas de conflit entre une loi étrangère et une loi française, c'est celle-ci qu'à des Français les tribunaux doivent appliquer ».

M. Gaudemet attaque cette thèse dans ces termes particulièrement vigoureux. « Cette doctrine, dit-il, nous apparaît comme la négation même du droit international privé, dont le but est précisément de prévenir les inconvénients des situations si facilement acceptées par le Tribunal... Qu'une telle situation juridique puisse être créée par un jugement régulier et conforme aux principes, ce serait une sorte de scandale juridique, auquel il serait intolérable que la science du droit vînt offrir son appui » (1).

Nous partagerons entièrement cette manière de voir : nous pensons que tout nationalisme doit être banni d'un litige international ; on doit, bien au contraire, se préoccuper des solutions qui sont données à l'étranger à la question qui fait l'objet du procès et chercher à assurer aux décisions judiciaires une autorité extraterritoriale. Or tel n'est pas le résultat auquel conduit le système de la compétence de la loi du demandeur. Il doit donc être écarté. Cette objection suffirait, à notre avis, pour justifier le rejet de cette solution. Mais il est une autre considération que nous ne devons pas négliger.

Nous pensons, en effet, que ce n'est pas une solution équitable, car elle rompt l'égalité entre époux, et ce au profit du conjoint dont la loi nationale admet le divorce : lui seul peut demander le divorce. Et ce sont là des conséquences que l'on peut difficilement accepter. Certains auteurs cependant n'hésitent pas à les trouver parfaitement admissibles. Telle est notamment l'opinion de M. Frankenstein qui s'exprime à cet égard de la façon suivante : « Le point de départ de nos considérations, écrit-il, est ici le principe que chacun relève. en ce qui concerne ses obligations, du droit de son pays. Si deux nationaux d'Etats différents se trouvent en des rapports juridiques qui supposent

(1) Gaudemet, *Rev. trim.*, 1925, p. 593.

un lien réciproque, comme dans le mariage surtout, il est évident que chacun n'est maintenu dans ce lien que par son propre droit. Si pour l'un des deux le lien est dénoué d'après son droit, alors il est dénoué de toute façon. Il n'y a pas de mariage quand l'un des époux est marié et l'autre pas. En ce qui concerne le droit de contracter mariage, cette solution est aujourd'hui admise de façon générale. Or les choses doivent se passer tout à fait de même en matière de divorce. Si le mariage relève de droits différents, chacun des époux peut demander le divorce d'après son droit personnel, c'est-à-dire solliciter une décision prononçant que, d'après son droit personnel, il n'est plus lié par le mariage ; et le mariage est rompu quand l'un des époux devient libre d'après son droit personnel » (1).

Cependant, permettre à l'un des époux de demander le divorce et l'interdire à l'autre, ce sont là, issues d'un même système, deux conséquences opposées qui, très certainement, choquent les sentiments d'équité. Ainsi qu'on l'a fait très justement observer, on en arrive à sanctionner de manière différente un même fait : que le mari italien d'une épouse française commette un adultère, la femme pourra demander le divorce ; que l'inverse vienne à se produire, on opposera au mari son statut personnel pour déclarer son action irrecevable (2).

C'est notamment pour remédier à cela que les auteurs du projet élaboré par la Société d'Etudes législatives ont proposé d'appliquer la loi française à l'un et l'autre époux lorsque l'un des époux est Français (3), que ce soit le mari ou la femme, et ce même en l'absence de toute domiciliation en France. A l'appui de ce système, outre les considérations tirées de l'équité, on fait valoir que, si la femme est Française, il y a « une véritable nécessité juridique à soumettre les deux époux à la loi

(1) Frankenstein, *op. cit.*, *Rev.*, 1932, p. 68 et s.

(2) Rapport fait au nom de la Commission du statut des Français en pays étrangers et du statut des étrangers en France, *Bull. de la Soc. d'Etudes législatives*, 1928, p. 333.

(3) L'article 19 Code civ., serait alors conçu comme suit : Les effets du mariage indépendamment du régime matrimonial, le divorce et la séparation de corps, sont soumis à la loi française, à l'égard des deux époux, lorsque l'un des époux est Français. » *Bull. de la Soc. d'Etudes Législatives*, 1930, p. 175.

française... Si la femme est divorcée, dit-on, son mari doit être aussi divorcé et pouvoir se remarier comme elle, aucun rapport d'ordre matrimonial ne peut plus subsister unilatéralement ». On lève ainsi l'équivoque qu'avait fait naître l'arrêt Ferrari, qui nulle part n'a déclaré divorcé le mari italien (1). Et il en résulte également que, si la femme Française a le droit de demander le divorce en vertu de la loi française, le mari, bien qu'Italien, a aussi ce droit.

Ce système ne nous paraît pas satisfaisant. Il encourt, selon nous, plusieurs critiques. Tout d'abord il viole ouvertement, et on ne le nie pas, le statut personnel de l'époux dont la loi nationale interdit le divorce ; sous prétexte de lui assurer une faculté dont il ne tient peut-être nullement à user, on permet le prononcé à son égard d'un jugement de divorce, valable du moins en France. On pourrait dire en quelque sorte qu'on lui impose la faculté de divorcer. Comme dirait M. Frankenstein, ce n'est plus du droit, c'est de la force.

Conséquence de cette violation : la décision rendue n'aura aucune valeur dans le pays d'origine de l'époux dont le statut personnel a été violé, ni dans les pays qui n'admettent pas cette violation ; la solution préconisée n'est pas une solution internationale ; nous ne pouvons donc l'accepter.

Enfin et surtout, le texte proposé n'est fait que pour des époux dont l'un est Français et ne prévoit pas le cas dans lequel les époux appartiennent tous les deux à d'autres nationalités. Il ne donne aucune indication sur la loi applicable à un ménage italo-belge. Ou plutôt, à en juger par le nationalisme dont est

(1) Tel aurait été le point de vue d'Ambroise Colin. V. *Bull. Soc. Etudes Législatives*, 1930, p. 104. Il ne saurait d'ailleurs, en être autrement. Supposons en effet que le mari italien veuille contracter en France un second mariage ; va-t-on pouvoir lui opposer qu'en vertu de l'article 3, alinéa 3 cette seconde union est impossible ? Nous ne le pensons pas, car ce serait contraire au principe de l'autorité de la chose jugée et c'est là un principe à l'application duquel l'ordre public est directement intéressé. « Le bon ordre dans un Etat, écrit M. Pillet (*Rev.*, 1922-1923, p. 464) veut que les jugements qui ont acquis l'autorité de la chose jugée y soient respectés et par conséquent que rien ne soit toléré de contraire au dispositif des dits jugements. » Mais à supposer qu'il y ait remariage, l'union contractée dans ces conditions sera tenue pour nulle dans certains pays étrangers.

imbu le projet, il y a tout lieu de penser que ses auteurs ne seraient pas hostiles à l'application pure et simple de la *lex fori* : c'est en revenir à la conception étatiste de M. de Vareille-Sommières ; et c'est là un système que nous ne pouvons retenir car il fait totalement abstraction des intérêts individuels en jeu.

En définitive, ce système qui s'inspire de la jurisprudence de la Cour de cassation ne nous paraît pas davantage acceptable que cette jurisprudence elle-même. C'est autrement qu'il faut à notre avis, chercher à résoudre le conflit qui nous intéresse.

II. — *Examen des autres systèmes proposés.*

La majorité des auteurs combat le système que nous venons d'analyser ; mais s'ils sont d'accord pour rejeter la thèse de l'arrêt Ferrari, des divergences profondes se manifestent entre eux quand il s'agit, la compétence de la loi du demandeur étant écartée, de prendre parti et d'adopter une solution. Les uns voudraient voir appliquer la loi nationale du mari, toutefois cette solution, qui sacrifie le statut personnel de la femme, satisfait peu d'auteurs. D'autres au contraire pensent que mari et femme doivent être soumis à un statut national commun, mais c'est là encore le point de départ d'une nouvelle controverse ; le choix est en effet loin d'être limité ; trois opinions au moins se font jour, qui ont leurs défenseurs respectifs : loi du domicile matrimonial, loi du pays dont les époux étaient tous deux ressortissants lors du mariage, et enfin dernière législation commune.

Quelle est la valeur théorique et pratique de ces différents systèmes ? C'est ce que nous allons examiner dans ce paragraphe.

* * *

La théorie qui consiste à faire prévaloir dans notre hypothèse la loi nationale du mari sur la loi nationale de la femme est défendue par quelques auteurs qui voient dans son adoption le seul moyen d'assurer l'unité juridique au sein de la famille.

Cette opinion repose essentiellement sur la conception traditionnelle du mari-chef de famille, dont le statut personnel doit nécessairement s'appliquer, car « on ne pourrait pas, dit-on, comprendre la société conjugale dans les rapports communs subordonnés à deux lois différentes (1) ». Ce système qui aboutit, comme toute, à faire de la loi nationale du mari le statut commun des époux, ne paraît guère suivie en doctrine ; et même il ne semble pas que des auteurs aient pris nettement parti pour lui, s'agissant du divorce entre époux qui ont cessé d'avoir une nationalité commune. Ils envisagent plutôt d'une façon générale le cas du divorce entre époux de nationalités différentes, mais sans distinguer, comme nous le faisons, entre les deux hypothèses. C'est en ce sens, sans doute, que M. Gemma a écrit « que le législateur italien pourrait ajouter, faisant un sacrifice en faveur de l'unité conjugale, qu'en cas de nationalités différentes des époux, on appliquera également la loi du mari à la capacité de la femme et aux rapports de celle-ci avec son mari, et ce à tous les rapports et non seulement à ceux strictement personnels » (2).

Ce système ne nous paraît pas devoir être retenu ; il prête en effet à une double critique. Tout d'abord, on ne voit pas de bonnes raisons pour accorder la prédominance à la loi du mari. La loi nationale de la femme peut contenir des mesures de protection. Faire prévaloir la loi du mari aurait pour conséquence de les rendre pratiquement inopérantes (3). En outre, cette solution cadre mal avec la tendance législative actuelle à l'indépendance de la nationalité de la femme ; pourquoi accorder d'une part à la femme la conservation de sa nationalité ou lui en faciliter le recouvrement, si c'est pour décider, d'autre part, que son statut personnel doit s'effacer devant le statut personnel de

(1) Rodrigo Octavio, *op. cit. Cl.*, 1913, p. 1082.

(2) Gemma, *op. cit. Rev.*, 1930, p. 352.

(3) Critiquant plus particulièrement ce système M. Frankenstein écrit que c'est recourir à la contrainte. « On fait, dit-il, la seule chose qu'on ne devait faire en aucun cas : imposer un droit étranger à l'un des intéressés, remplacer le droit par la force. Car, qu'est-ce autre que la force quand le droit allemand, par exemple, prescrit que le divorce se juge d'après la loi du mari ? ». *Rev.*, 1932, p. 68.

son conjoint ? » Cette solution, dit M. Audinet, est inconciliable avec la loi de 1927. Cette loi a voulu conserver à la femme tous les avantages attachés à la nationalité française, sans qu'elle ait à subir l'influence de la nationalité du mari : son mariage avec un étranger ne suffit donc pas à lui enlever le droit de demander le divorce » (1).

Cette solution se heurte encore à une autre objection commune, nous aurons à le constater, à la plupart des solutions proposées : la décision judiciaire rendue conformément à la loi nationale du mari et à l'encontre du statut personnel de la femme n'aura qu'une portée internationale très limitée ; elle n'en aura évidemment aucune dans le pays auquel ressortit la femme, mais il arrivera qu'il en sera de même dans des pays tiers ; nous ne croyons pas qu'un tribunal français consente à donner effet en France à un jugement allemand prononçant le divorce pour aliénation mentale conformément à la loi allemande entre un mari allemand et une femme réintégrée dans la nationalité belge.

Un deuxième système consiste dans l'application de la loi du domicile matrimonial. « L'harmonie juridique ne pourra être complètement réalisée, écrit M. Champcommunal, qu'à condition de concilier les intérêts respectifs au lieu d'imposer un sacrifice à l'une des parties » (2). Pour atteindre ce but, on sacrifie purement et simplement les deux statuts personnels au profit de la loi du domicile des époux, loi à laquelle, dit-on, ceux-ci ne doivent pas être hostiles, puisqu'ils sont venus se fixer dans le pays où elle s'applique.

Cette thèse est évidemment défendue par les auteurs qui proposent de substituer la notion de domicile à la notion de nationalité comme principe de rattachement primaire, c'est-à-dire comme critérium du statut personnel (3). Mais cette solution est également préconisée par des auteurs dont les préférences iraient

(1) Audinet, *op. cit. Cl.*, 1930, p. 330.

(2) Champcommunal, *op. cit. Rev.*, 1929, p. 24.

(3) Notamment Cassin, *op. cit. Rec. des Cours de La Haye*, 1930, t. I. — Jordan, *op. cit. Rev.*, 1920, p. 362.

sans doute au système de la dernière législation commune, si son application se révélait possible sans restriction de nature à entraîner des contrariétés de jugements. Puisque l'accord n'a pu se faire en ce sens, lors de la Conférence de La Haye, ces auteurs préfèrent donner compétence à la loi du domicile matrimonial ; solution qui a le mérite de « n'impliquer entre époux aucune subordination et de ne justifier par suite aucune dérogation « (1).

Disons simplement, pour l'instant, que donner compétence à la loi du domicile dans le cas particulier que nous étudions ne nous paraît pas désirable en l'état actuel des législations européennes. Quelle sera en effet la portée, dans les pays respectifs des deux époux du jugement de divorce obtenu conformément à la loi du domicile ? Suivre un tel système conduirait au prononcé du divorce dans des conditions telles que le jugement serait tenu pour non avenu dans les pays d'origine des deux époux. Nous nous bornerons pour le moment à cette seule critique ; l'objection ne pourrait être évitée que si la loi du domicile était adoptée comme principe de détermination du statut personnel dans toute l'Europe. Mais nous nous réservons de formuler, à cet égard, de nouvelles observations, quand nous étudierons, dans notre conclusion, s'il convient ou non de substituer le critère du domicile à celui de la nationalité.

Nous retrouvons ici une thèse dont nous avons déjà précédemment fait l'exposé et la critique, celle du statut matrimonial permanent. Ce système repose, rappelons-le, sur les deux principes suivants : le statut matrimonial des époux doit être déterminé par la loi qui leur est la plus profondément commune ; et la loi initialement choisie doit rester fixe (2).

C'est par application de ces deux règles que les partisans de cette théorie assignent à la loi de l'Etat auquel les époux ressortissent l'un et l'autre au jour de la célébration du mariage le soin de maintenir entre eux l'harmonie juridique (3) ; il

(1) Champcommunal, *eod. loc.*

(2) P. Louis-Lucas, *op. cit. Semaine Juridique*, 1929, p. 1043.

(3) P. Louis-Lucas, *eod. loc.* — Bartin, *Principes*, t. II, p. 204. — Laneyrie, *op. cit.*, p. 89.

résulte de là notamment que cette loi demeurera compétente, alors même que les deux époux auraient ensuite acquis une même nationalité nouvelle. C'est là une conséquence dont nous avons antérieurement fait le procès (1).

Que se passe-t-il si l'un des époux acquiert seul une nationalité nouvelle ? Les rapports entre époux seront comme auparavant régis par l'ancien statut national commun : le système se ramène alors à celui que consacre l'article 8 de la convention de 1902 et les observations que nous présenterons plus loin sur cette solution vaudront également pour la thèse dite du statut matrimonial permanent. Nous faisons le même renvoi en ce qui concerne le cas dans lequel les deux époux acquièrent chacun une nationalité nouvelle, mais différente. Mais il en diffère profondément si nous modifions légèrement l'hypothèse ; supposons que des époux Italiens deviennent l'un et l'autre Français ; par la suite le mari acquiert la nationalité belge. Si nous appliquons le système que nous étudions ici, nous aboutirons à la conséquence suivante : la loi italienne seule doit régir les rapports de ces époux de nationalités différentes, bien, que l'un soit actuellement Français, l'autre Belge et que leur dernière législation commune soit la loi française. En définitive, ils ne pourront pas divorcer. Logiquement, la loi belge qui autorise le divorce devrait demeurer compétente, à supposer que les opérations se déroulent dans le sens inverse, époux Belges devenus tous les deux Français et acquisition par l'un d'eux de la nationalité italienne. Cependant, si l'on pousse à fond la pensée de M. Laneyrie, il ne devrait pas en être ainsi, car ce serait « favoriser la désagrégation de la famille » (2).

Il faudrait donc admettre que, dans cette hypothèse, le statut primitif commun devrait cesser de s'appliquer, puisque l'un des époux est désormais le ressortissant d'un pays dont la législation, par là même qu'elle prohibe le divorce, assure mieux la conversation de la famille. On ouvre ainsi la porte aux restrictions et

(1) V. *supra*, p. 79 et s.
(2) Laneyrie, *op. cit.*, p. 101.

nous voici bien loin des idées de permanence et d'unité du statut matrimonial des époux.

A notre avis, il faut, si l'on persiste dans cette voie, donner compétence définitivement et sans réserve au statut matrimonial existant au jour de la célébration du mariage, sans se préoccuper des changements de nationalité qui peuvent se produire. Mais pour en revenir à notre exemple, il nous paraît alors inadmissible de maintenir la loi italienne comme loi applicable à des époux Italiens devenus tous les deux Français et dont l'un a par la suite acquis la nationalité belge.

A cette critique échappe un système voisin, celui de l'article 8 de la Convention de 1902, qui consacre la compétence de la dernière législation commune ; par application de cette règle, seule devrait être prise en considération, dans le cas que nous envisagions, la loi française, en tant qu'ayant régi en dernier lieu le statut personnel des deux époux. Mais, cette hypothèse mise à part, constatons que, bien que reposant sur des conceptions théoriques différentes, ce système s'apparente fortement avec la thèse du statut matrimonial permanent par les résultats discutables auxquel il conduit.

Nous n'insisterons pas sur son fondement théorique ; cette solution est en effet essentiellement basée sur la notion de droit internationalement acquis, soit à la dissolubilité, soit à l'indissolubilité du mariage ; et cette notion, bien que controversée nous a paru admissible, quand nous avons discuté la thèse des arrêts Ferrari (1). Cette même opinion reste partagée par un bon nombre d'auteurs, qui se déclarent en conséquence partisans du système attribuant compétence à la dernière législation commune (2).

(1) *Supra*, p. 260.

(2) Audinet, *op. cit. Recueil des Cours de La Haye*, 1926, I, p. 228. — *Recevabilité de la demande en divorce intentée par une femme réintégrée dans la nationalité française contre son mari resté Français. Cl.*, 1923, p. 9. — Calbairac, *op. cit.*, p. 123. — Crémieu, note au Dalloz 1926.2.73, sous Lyon, 4 mars 1925. — Lyon-Caen, note au Sirey 1923.1.5, sous Cassation, 6 juillet 1922. — Pillet et Niboyet, *Manuel* (1924), n° 474. — Poullet, *Manuel*, 2e éd., n° 381. — Serin, *op. cit.*, p. 232. — Surville et Arthuys, 6e éd., n° 302, p. 394. — Surville, *Du conflit des lois personnelles. Cl.*, 1912, p. 23. — Valéry, *Manuel*, nos 772-773. — Weiss, t. III, p. 684, 685.

Mais sur le terrain pratique ce système nous paraît beaucoup moins défendable. On peut admettre soit en vertu de la permanence du premier statut matrimonial commun, soit en vertu du droit acquis à l'application de la dernière législation commune que seule la loi ainsi déterminée fixe les conditions du divorce quand l'un des époux a changé de nationalité. Mais si les deux époux ont l'un et l'autre abandonné leur nationalité primitive pour prendre des nationalités distinctes, nous pensons qu'il n'y a plus de bonnes raisons pour conserver sa compétence à une loi qui a cessé de régir le statut personnel de l'un et de l'autre époux. Cet empiètement, dans le temps, d'une législation à laquelle les époux ont entendu tous les deux se soustraire, puisqu'ils ont acquis d'autres nationalités, ne repose selon nous, sur aucun principe juridique. Aussi estimons-nous que, si, le système de l'article 8 de la Convention de La Haye est à la rigueur acceptable comme solution de droit conventionnel, il faut chercher ailleurs les bases d'un système de droit commun international. Tel sera l'objet des développements qui vont suivre.

III. — *Théorie proposée : système de la loi la plus restrictive.*

Envisageant à propos de la reconnaissance des enfants naturels en droit international privé l'hypothèse dans laquelle les lois en présence sont directement contraires, Pillet en arrive à une conclusion assez décevante que nous avons déjà signalée : « Nous ne voyons pas, dit-il, de solution rationnelle à des difficultés semblables » (1). Nous ne partageons pas cependant cette opinion pessimiste et nous pensons même qu'il n'est pas inutile, pour la solution de ces difficultés prétendues inextricables de recourir aux principes généraux que Pillet lui-même a mis en lumière dans son œuvre.

Le problème de compétence législative que soulève le divorce entre époux de nationalités différentes se ramène au fond à

(1) Pillet, *Principes*, n° 153, p. 324 ; v. *supra*, p. 32.

un conflit entre deux lois de protection. Il est en effet reconnu que toutes les lois de statut personnel — et ce sont bien deux lois de cette nature qui s'opposent ici — constituent avant tout un « statut de protection individuelle » (1). Ce caractère donne, en bien des cas, la clef du problème, car il est des circonstances dans lesquelles on peut, à première vue, dire au profit de qui la protection doit s'exercer et, du même coup déterminer la loi applicable. Ainsi en est-il en matière de tutelle, hypothèse dans laquelle on s'accorde pour décider que la protection légale s'exerce en faveur de l'incapable et non en faveur du tuteur. Et s'il y a doute sur la nature de la protection, M. Gaudemet propose de laisser au juge saisi le soin de déterminer, d'après sa loi propre, qui doit être protégé et quelle loi doit en définitive prévaloir. Ce n'est plus en somme qu'une question de qualification (2).

Mais comment résoudre, en notre espèce, le conflit ? M. Gaudemet exprime l'opinion qu'on ne peut en aucune façon recourir à l'idée de protection. « Le critérium, écrit-il, devient tout à fait inutile. Lequel des deux époux, en effet, est plus spécialement protégé par le statut qui admet ou prohibe le divorce ? La question n'a pratiquement aucun sens et il est bien impossible de chercher dans cette direction la solution du conflit entre les deux lois personnelles » (3).

Nous croyons cependant qu'il n'est pas inutile de pousser la discussion dans ce sens. Les deux lois en conflit sont bien des lois de protection, *mais leur teneur en protection n'est pas la même* : ce sont des lois de protection d'intensité inégale. Nous pensons en effet — et nous ne faisons en cela que reprendre nos conclusions antérieures (4) — que l'on ne peut traiter sur un pied d'égalité la loi qui défend le divorce et la loi qui l'admet. Il y a entre elles toute la différence qui existe, selon nous, entre lois prohibitives, qui seules, avons-nous établi, peuvent

(1) et (2) Gaudemet, *Chronique de jurisprudence française en matière de droit civil*, 1925, p. 596.

(3) Gaudemet, *eod. loc.*

(4) V. *supra*, p. 182.

être d'ordre public international, et lois permissives, qui ne peuvent avoir tout au plus que la portée d'une règle d'ordre public interne. Or la faculté de divorcer appartient très certainement à cette dernière catégorie : deux Français ne peuvent en se mariant renoncer à elle ; mais par contre, on ne saurait, en bonne théorie, l'imposer à des étrangers dont la loi nationale prohibe le divorce. A l'inverse, la défense de divorcer s'applique à tous dans un pays donné, avec une intensité telle que personne ne peut y échapper. On peut ne pas user d'une faculté ; mais on ne peut se soustraire à une obligation ; d'où il résulte que, sur le plan international, une faculté légale peut être tenue en échec par une loi contraire, mais non une obligation imposée par la loi.

Comment, dès lors, résoudre le conflit entre deux lois nationales, l'une permissive, l'autre prohibitive ? Il ne nous reste plus qu'à recourir au principe du moindre sacrifice, principe d'entente internationale, et cela pour des raisons que nous avons déjà exposées. Le législateur qui permet le divorce, mais qui, somme toute, ne tient pas à ce que le mariage soit rompu, fait, en s'inclinant devant celui qui le prohibe, un sacrifice moins grand que si l'inverse venait à se produire, car ce dernier tient au contraire essentiellement à ce que le divorce n'ait pas lieu.

Notre système aboutit donc, en définitive, à donner compétence à la plus restrictive des deux lois et c'est le résultat auquel arrivent pratiquement ceux qui préconisent l'application cumulative des lois nationales de chacun des époux (1).

En adoptant une telle solution, nous ne faisons d'ailleurs que nous conformer aux principes généraux incontestés et sui-

(1) En ce sens, outre GAUDEMET, *op. cit.*, v. PLANIOL et ROUAST, *La famille* n° 500, p. 406. — SALVIOLI, *Conflitto di leggi personali in materia di divorzio Riv. di dir. internazionale*, 1927, p. 354, notamment p. 376. — DIENA, *op. cit. Cours de La Haye*, 1927, t. II, p. 425 ; opinion défendue à la 5e Conférence de La Haye, rapportée par SAVIOLI, *op. cit.*, précité, p. 354, note 2. — Cette solution qui, nous le verrons, a été proposée en 1928, lors de la 6e Conférence, pour les époux de nationalités toujours différentes, ne l'a pas été pour le cas où l'un des époux change de nationalité : on s'en est tenu à la solution de 1902, tout en en affaiblissant la portée par l'adjonction d'un protocole n° 1 qui autorise les Etats contractants a accueillir la demande en divorce formée par une ex-nationale réintégrée, nonobstant la prohibition édictée par la loi du mari, pourvu qu'elle ait sa résidence habituelle dans son pays d'origine.

vis, quand deux époux se proposent de contracter mariage. Dans ce dernier cas, on vérifie au préalable si les époux réunissent les conditions exigées par leurs lois nationales respectives et pour peu qu'un empêchement existe d'après le statut personnel de l'un seul d'entre eux, on surseoit purement et simplement à la célébration du mariage projeté. Pourquoi en serait-il différemment, quand il s'agit de dissoudre une union dont la conclusion a été subordonnée à ces conditions ? Si l'on exige l'accord des deux lois en présence, c'est pour éviter toute contestation sur la validité du mariage ; le même principe doit, selon nous, être suivi en matière de divorce. « Un mariage célébré au mépris de la loi nationale d'un conjoint, écrit M. Dubois Clavier, ne serait pas valable au point de vue international : une solution identique s'impose pour le divorce » (1).

La solution que nous proposons nous paraît de nature à mettre fin aux discordances qui existent notamment dans la jurisprudence française. Nos tribunaux ont toujours refusé, on le sait, de prononcer le divorce entre étrangers de même nationalité, quand il est prohibé par leur loi nationale. Ils ne font en celà que se conformer à l'interprétation aujourd'hui incontestée de l'article 3, alinéa 3 : ils ne croient pas pouvoir modifier l'état de gens mariés, contrairement à leur statut personnel. Or quand un tribunal français prononce le divorce entre un Italien et une Française, son jugement, ayant un effet indivisible pour les deux époux, déclare divorcé l'Italien, et enfreint la règle dont il est fait à l'inverse entière application dans le cas où les époux ont un même statut national. Ainsi en est-il dans l'affaire Ferrari ; cette jurisprudence est, à notre avis, en contradiction avec cette autre, fermement établie, qui n'admet le prononcé du divorce que dans la mesure où il est admis par la loi nationale de chacune des parties en cause. Et cependant, rien n'autorise cette infraction : l'article 3 contient une règle de droit international privé, qui comme telle a une portée générale. « Il impose, écrit M. Gaudemet, au même titre et avec la même éner-

(1) Dubois-Clavier, note au *Cl.*, 1932, p. 495, sous décisions belges précitées.

gie le respect de la loi du mari et celui de la loi de l'épouse ». Et M. Gaudemet estime, comme nous que « la seule manière de respecter en même temps ces deux droits internes contradictoires, c'est de créer par le jugement une situation qui soit acceptée en même temps par les deux législations. L'état d'époux divorcé non reconnu par la loi italienne, est dès lors écarté par l'article 3 lui-même. Reste à déclarer la demande irrecevable en raison de la nationalité du défendeur... En d'autres termes, *l'action en divorce n'est recevable que si elle est admise à la fois par les lois personnelles des deux époux.* Telle est la seule conclusion que légitiment les principes généraux » (1).

On ne peut manquer de nous objecter qu'adopter un tel système conduit pratiquement à violer, en l'espèce, la loi française au profit d'une loi étrangère, et, sous une forme plus générale, à sacrifier toujours la loi qui admet le divorce au profit de celle qui le prohibe. C'est vrai ; et la véritable formule du système est non « pas » application cumulative des deux lois en présence », mais « application de la plus restrictive des deux lois ». Mais nous répondons, avec M. Gaudemet que « nous ne violons pas la loi française en appliquant ici l'article 3 du Code civil, pas plus que lorsqu'une règle de conflit quelconque admise en France nous conduit à reconnaître la compétence d'une loi étrangère (2). Nous suivons une règle de droit international reconnue par notre législateur lui même » (3). Seulement, puisqu'il y a conflit entre deux lois internes inconciliables, par combinaison du principe du moindre sacrifice, et de la distinction entre lois prohibitives et lois permissives, nous appliquons celle des deux lois qui s'impose avec le plus d'intensité, donc nécessairement celle qui prohibe le divorce. La faculté de divorcer qui existe dans le statut personnel de l'époux dont la loi nationale permet le divorce,

(1) Gaudemet, *op. cit.*, p. 594.

(2) Ainsi en est-il en matière de succession immobilière : la règle de droit international privé, dictée par l'interprétation, indiscutée elle aussi, de l'alinéa 2 du même article conduit à appliquer la *lex rei sitae* aux immeubles appartenant à des Français, mais sis à l'étranger. Nul ne songe à dire qu'il y a violation de la loi française.

(3) Gaudemet, *eod. loc.*, p. 595.

n'est pas détruite, elle se heurte simplement à une fin de non recevoir tirée des principes généraux.

Notre système suscite enfin une objection que nous ne devons pas négliger. Quand nous avons examiné le rôle de la fraude à la loi en notre matière, nous avons fait allusion à l'hypothèse dans laquelle un sujet français serait allé jusqu'à se faire naturaliser italien, en vue de faire échec à l'action en divorce formée contre lui par son conjoint demeuré français (1). Cette manœuvre, qui reste inefficace dans tous les autres systèmes, doit logiquement aboutir dans le nôtre, puisque nous donnons compétence à la plus restrictive des deux lois nationales en conflit au moment de l'instance en divorce. On pourrait donc nous reprocher de favoriser une fraude.

Nous ne pensons pas cependant qu'il y ait lieu d'attacher une grande importance à cette critique ; sa portée est en effet beaucoup plus théorique que pratique, parce que généralement l'action en divorce aura été intentée et sera close avant que soit intervenu le décret de naturalisation. D'ailleurs, à notre connaissance, la question ne paraît pas s'être encore présentée en jurisprudence. Au surplus, à supposer que cette éventualité vienne à se réaliser, ce serait l'un des cas exceptionnels où, en l'absence de toute autre sanction possible, il y aurait lieu, à notre avis, de sanctionner judiciairement la fraude par le prononcé du divorce, nonobstant la prohibition édictée par la nouvelle loi nationale de l'un des conjoints (2).

(1) V. *supra*, p. 199, note 2.
(2) V. *supra*, p. 212.

CHAPITRE III

DU DIVORCE ENTRE ÉPOUX QUI N'ONT JAMAIS EU UNE NATIONALITÉ COMMUNE

Nous arrivons maintenant à l'examen d'un problème à la fois actuel et délicat, celui du divorce entre époux qui n'ont jamais eu un même statut national. Ce problème, disons-nous, est actuel ; ce n'est pas, assurément, que l'hypothèse soit neuve ; les tribunaux ont eu déjà à connaître de demandes en divorce formées dans de telles conditions et la question fait depuis longtemps l'objet d'une importante controverse doctrinale. Mais la tendance grandissante à l'indépendance de la nationalité de la femme mariée — tendance dont nous avons précédemment exposé les origines et les progrès — va sans nul doute lui donner un regain d'actualité ; on peut en effet penser, à bon droit, que les réformes opérées récemment en législation ou en cours à l'heure actuelle vont multiplier les époux de nationalités différentes, puisque, sacrifiant aux revendications féministes, elles consacrent dans l'ensemble le droit pour la femme de conserver sa nationalité, quand elle se marie avec un étranger (1). Aussi peut-on s'attendre à ce que les tribunaux soient, plus qu'autrefois, appelés à connaître des difficultés que suscite le divorce entre époux de nationalités toujours différentes.

Par ailleurs, nous avons déjà fait allusion au caractère délicat du conflit, qui oppose deux lois nationales *a priori* également compétentes et exclusives de toute communauté juridique entre les époux. Plusieurs systèmes, dont certains ont été suivis en jurisprudence, ont été proposés pour le résoudre ; mais l'ac-

(1) V. *supra*, p. 217 et s.

cord est loin d'être réalisé sur la solution qu'il conviendrait en définition d'adopter. Qu'il nous suffise, pour le moment, de signaler les vaines tentatives faites au cours de la sixième session de la Conférence de La Haye en vue de compléter l'article 8 de la Convention de 1902 par un texte relatif à notre hypothèse.

Nous analyserons d'abord les décisions rendues, en notre matière tant en France qu'à l'étranger ; puis, après avoir examiné les thèses en présence, nous exposerons comment il faut, à notre avis, résoudre la question.

Section I.

Exposé analytique de la jurisprudence française.

Il est malaisé de faire une synthèse des décisions qui ont été rendues en notre matière par les tribunaux français. Plusieurs systèmes ont été tour à tour consacrés ; et l'on pourrait être tenté, au premier abord, de taxer cette jurisprudence d'incohérence. Il en est d'ailleurs bien quelque peu ainsi. Cependant, à examiner de plus près les solutions auxquelles se sont, à diverses reprises, arrêtés nos tribunaux, il semble que l'on puisse faire la distinction suivante : ou bien, des deux époux en cause, l'un est français ; et alors systématiquement la loi française est déclarée compétente ; ou bien les époux, tout en étant de nationalités différentes, sont tous les deux étrangers ; et dans ce cas les juges hésitent et ne savent pas trop quel parti prendre.

La première hypothèse est évidemment celle dont la réalisation est la plus fréquente ; elle ne peut d'ailleurs que le devenir davantage, depuis que la loi de 1927 autorise la Française qui épouse un étranger à conserver sa nationalité. Nos tribunaux, à l'école sans doute du conseiller Denis (1), tranchent le conflit d'une façon aussi simpliste que foncièrement nationaliste : puisqu'il y a un ressortissant français en cause, on appréciera

(1) V. *supra*, p. 123 et s.

la recevabilité de la demande uniquement eu égard à la loi française, dont on justifiera la compétence sous les prétextes les plus divers, tantôt parce qu'elle se trouvera être la loi du domicile, tantôt parce qu'elle sera la loi du demandeur. Mais on chercherait vainement un embryon d'argumentation juridique destiné à établir pourquoi il convient dans telle espèce de donner compétence à la loi du domicile et dans telle autre à la loi du demandeur. Le vrai motif, c'est la coïncidence avec la loi française.

Sous ce premier aspect, la question s'est posée notamment dans des litiges opposant des femmes françaises à des ressortissants ottomans. Nous avons noté précédemment la refonte opérée en 1928 par le législateur turc en ce qui concerne le droit de la nationalité ; mais auparavant, il était jugé — et cela tant en France qu'à l'étranger — qu'en l'absence de dispositions explicites dans l'ancienne loi de 1869, sur l'acquisition de la nationalité turque par l'effet du mariage, la femme étrangère qui épousait un sujet ottoman ne suivait pas la condition de son mari (1). Il résultait de là que dans la pratique judiciaire française, l'épouse d'un sujet ottoman était censée n'avoir jamais perdu sa nationalité et que, si l'un des conjoints s'avisait d'introduire une action en divorce, les époux étaient considérés comme n'ayant jamais eu un statut national commun. Nos tribunaux ont, dans ce cas, toujours conclu à la compétence de la loi française, se bornant parfois à sa simple constatation (2), ou la déduisant de la compétence judiciaire (3) ; ils l'appliquaient également en tant que loi nationale de la demanderesse (4) ou comme loi du domicile des époux (5).

Il est encore admis aujourd'hui que la femme française qui

(1) V. notamment Civ., 3 avril 1910 (*Salon*). *Rev.*, 1911, p. 437. — Seine, 18 juillet 1918 (*Kaaki*). *Cl.*, 1919, p. 322.

(2) Seine, 4 mars 1912 (*Colonian*). *Rev.*, 1913, p. 128.

(3) Seine, 26 oct. 1906 (*Behr*). *Rev.*, 1907, p. 590 (solution implicite). — Seine, 28 avril 1925 (*Moussa*). *Rev.*, 1926, p. 390 (solution implicite).

(4) Paris, 31 oct. 1910 (*Galy*). *Rev.*, 1911, p. 82. La femme demeurée française peut demander le divorce contre son mari, alors même que celui-ci, ottoman *catholique*, ne le pourrait, du moins en France, car son divorce ne peut être prononcé que religieusement ; sa demande reconventionnelle doit être écartée.

(5) Seine, 13 mars 1913 (*Cori*). *Rev.*, 1913, p. 843. Il y a lieu de noter que, dans

épouse un Musulman ou un Israélite indigène ne peut acquérir la nationalité de son époux (1). Ici également les tribunaux saisis d'une demande en divorce en examinent le bien fondé d'après la loi française, en tant que loi du domicile commun (2), ou loi du demandeur (3).

Même solution, quand le mari est ressortissant d'une de ces républiques sud-américaines, dans lesquelles il est depuis longtemps admis que le mariage est sans effet sur la nationalité de la femme ; il a toujours été jugé que la femme, pourrait dans ce cas assigner son mari en France aux fins de divorce et ce conformément à la loi française, compétente comme loi de la demanderesse (4). On sait que certaines législations exigeaient et exigent encore maintenant que le mariage pour être valable ait été célébré religieusement ; aussi nos tribunaux ont-ils décidé qu'un mariage civil célébré, par exemple, à Paris entre un Juif russe et une Française était valable au point de vue français, mais nul au regard de la loi russe et qu'en conséquence la femme n'avait jamais pu acquérir la nationalité de son époux. Il a été jugé, dans ces conditions, que les époux avaient toujours eu des nationalités différentes ; et fidèles à leur jurisprudence, les juges, pour apprécier la recevabilité des demandes en divorce dont ils étaient saisis, se sont référés strictement aux dispositions de la loi française (5).

En résumé, quel que soit le biais employé, on aboutit toujours

cette espèce, le mari sujet turc, était demandeur en divorce, le tribunal saisi s'est bien gardé de donner compétence à la loi du demandeur qui aurait abouti à l'éviction de la loi française au profit de la loi turque.

(1) V. note et renvois. C. Alger, 2 mai 1928. *Cl.*, 1929, p. 144.

(2) Alger, 7 juin 1906 (*Tibika*). *Rev.*, 1908, p. 785.

(3) Tunis, 11 déc. 1907 (*Lévy-Taieb*). *Rev.*, 1908, p. 477. — Tunis, 28 nov. 1923 (*Dame D.*). *Cl.*, 1925, p. 767. — Cour Alger, 2 mai 1928 (*Cattan*). *Cl.*, 1929, p. 144.

(4) Seine, 13 déc. 1898 (*Péro*, ménage franco-chilien). *Cl.*, 1902, p. 579. — V. encore le commentaire de Rodrigo Octavio au *Cl.*, 1913, p. 1083-1084. — Seine, 10 avril 1908 (*Bastos*, ménage, franco-brésilien) et Seine, 15 avril 1913 (*de Magalhaes*, id.). *Rev.*, 1913, 860. — Seine, 8 déc. 1915 (*Rocholl*). *Cl.*, 1917, 1020 ; il s'agissait en l'espèce d'un ménage franco-argentin, domicilié en France ; la loi française était de toute façon compétente, que les époux aient eu ou non la même nationalité, en vertu du renvoi prévu en matière de statut personnel par les lois argentines à la loi du domicile ; v. *supra*, p. 97.

(5) Seine, 9 avril 1914 (*Dähichewsky* ; mari juif russe). *Cl.*, 1916, p. 173. —

à l'application de la loi française ; et nous sommes portés à croire que les tribunaux persisteront dans ce sens, du moins quand le demandeur sera Français. Cette solution a été en effet implicitement consacrée par la Cour de cassation dans l'arrêt Ferrari, déjà cité, dans les termes suivants : « les lois françaises sur l'état et la capacité des personnes régissent les Français qui recouvrent cette qualité comme ceux qui ne l'ont jamais perdue ».

Nos tribunaux, par ailleurs, ont eu à connaître de demandes en divorce ou en séparation de corps formées entre époux n'ayant jamais eu un statut national commun, mais qui sont tous les deux ressortissants de pays étrangers. Il est bien commode d'appliquer sa loi propre ; c'est ce à quoi il parviennent et cela par des procédés différents. Dans l'affaire *Totvanian*, le Tribunal de la Seine se contente d'une affirmation ; « les instances en divorce entre étrangers qui ne sont pas de même nationalité ne peuvent, dit-il, être décidées d'après la loi du pays de l'un des époux seul, puisque le mariage ne peut être dissous à l'égard de l'un sans l'être à l'égard de l'autre, ni pour des causes qui seraient admises par le statut personnel de l'un et non par celui de l'autre... en pareil cas, la loi du domicile commun est seule applicable... » (1). C'est encore la loi française qui est compétente, aux regards du Tribunal de la Seine, dans une affaire *Czaykonski*, car elle est « celle de leur domicile commun et celle sous l'empire de laquelle ils ont fait célébrer leur mariage ». (2).

Dans une espèce en tous points semblable, on décide d'abord que la femme de nationalité américaine « est fondée à invoquer pour son statut personnel les lois de son pays relatives à l'état et à la capacité des personnes » ; comme par hasard ces lois renvoient aux lois du domicile et une fois de plus c'est la loi française qui est compétente (3).

Seine, 19 nov. 1920 (*Georgian* ; mari grec). Orange, 11 déc. 1920 (*Stoyanovitch*). *Rev.*, 1922-1923, p. 306.

(1) Seine, 20 février 1893. *Cl.*, 1893, p. 1167.

(2) Seine, 29 nov. 1904. *Rev.*, 1908, p. 671.

(3) Seine, 19 janvier 1926 (*Guglielmi*). *Rev.*, 1926, p. 269. — *Cl.*, 1926, p. 663.

En un cas, cependant, une autre loi que la loi française l'a emporté ; s'agissant d'une femme Italienne et d'un mari Israélite tunisien, la juridiction saisie a conclu à l'application distributive de la loi personnelle de chacun des époux et a en l'espèce accueilli conformément à la loi mosaïque la demande introduite par le mari ; c'était adopter le système de la loi du demandeur (1).

Il convient de signaler qu'une tendance nouvelle semble se faire jour dans la jurisprudence récente du Tribunal de la Seine. Saisi d'une demande en divorce formée par un sujet polonais contre sa femme demeurée de nationalité américaine, le Tribunal a décidé que « les causes de divorce doivent être examinées à l'égard de la loi nationale de chacune des parties et, de plus, être tenues pour valables dans les limites de l'ordre public par la loi française » (2). Par ailleurs, appelé à apprécier la validité d'un divorce prononcé en Uruguay entre un mari Italien et une femme Argentine, ce même Tribunal a jugé que « les droits acquis (en vertu de cette sentence étrangère) ne peuvent être exercés en France que si leur origine est régulière en vertu de la législation qui, du point de vue français est la seule applicable ; ...que le divorce des époux Mondet-Carbon *a été prononcé en violation de la loi personnelle de chacun d'eux* ; *qu'en conséquence il n'est pas possible d'en faire état en France* (3). Cette décision est particulièrement intéressante, car à l'inverse de celles dont nous avons précédemment fait l'analyse, le tribunal saisi, appelé, non pas il est vrai à prononcer le divorce, mais à apprécier la validité d'un divorce déjà prononcé, exige le respect des deux statuts personnels en tant qu'ils prohibent le divorce : c'est là une solution que nous reprendrons dans notre discussion doctrinale.

(1) Sousse, 30 juin 1922 (*Gabison-Krief*). *Cl.*, 1924, p. 212.

(2) Seine, 27 avril 1933 (*Dorozynski c. id.*). *Sem. jurid.*, 1933, p. 650 et *Nouvelle Revue de Droit international privé*, 1934, n° 1, p. 88, avec une note.

(3) Seine, 11 mai 1933, *Revue critique de Droit international*, 1934, p. 129 (*Rondet c. Rouxel*).

Section II.

Aperçu des solutions étrangères.

Le problème du divorce entre époux de nationalités toujours différentes est résolu à l'étranger tantôt par la voie jurisprudentielle, tantôt par la voie législative ; divers systèmes se partagent la solution de la question.

En jurisprudence, on consacre en apparence tantôt la loi du demandeur, tantôt la loi du domicile conjugal ; mais en réalité, tout comme en France, ce sont des déguisements et des procédés tirés des circonstances pour expliquer et justifier l'application de la *lex fori*. Dans la mesure où aucun texte n'endigue l'initiative des juges saisis, la pratique judiciaire retombe « dans ce nationalisme mal compris qui consiste en France à vouloir appliquer à tous les Français et en toutes circonstances les lois françaises » (1).

Il en est ainsi notamment en Belgique. Après avoir constaté qu'en l'absence de toute cérémonie religieuse, un mariage célébré entre un Polonais et une Belge devait être tenu pour nul au point de vue polonais, et que la femme était en conséquence demeurée Belge, le Tribunal de Bruxelles décide qu'il y a lieu d'examiner le bien fondé de la demande en divorce eu égard à la loi belge, loi du domicile des parties (2). Une espèce toute semblable fut plus récemment tranchée dans le même sens par le Tribunal de Nivelles ; or la demanderesse belge résidait en Allemagne ; seul le mari, de nationalité autrichienne était domicilié en Belgique. Ces circonstances n'ont pas empêché les juges de déclarer la loi belge compétente (3).

(1) Laneyrie, *op. cit.*, p. 127.

(2) Bruxelles, 31 janvier 1925. *Rev. de l'Institut de Droit Comparé*, 1926-1928, p. 37. V. la même solution dans une affaire identique venue devant le Tribunal civil de Bruxelles, 2 mai 1923 (*Dirrix c. Trawinski*, mari polonais). *Cl.*, 1924, p. 1098.

(3) Nivelles, 3 juillet 1928 (*Van C. c. T.*, mari autrichien catholique). *Rev.*, 1929, p. 129. Cette décision et celle rapportée à la note précédente, sont à rap-

Rapprochons de ces jugements deux décisions qui ont été rendues depuis peu à ce sujet, dans une même affaire par des juridictions espagnoles. Par application rétroactive — ce qui est tout à fait sujet à critique — de l'article 23 de la nouvelle Constitution, le Tribunal de San-Sébastien et le Tribunal supérieur de Madrid ont jugé récemment que l'épouse d'un ressortissant Italien n'avait jamais perdu la nationalité espagnole, et que, dans ces conditions, elle était fondée à intenter contre son mari une action en divorce conformément aux lois espagnoles sur le divorce. Pour donner compétence à la loi espagnole, ils se sont fondés sur ce que cette loi était la loi nationale de la demanderesse (1).

Ajoutons enfin que cette attitude paraît être également celle des juridictions brésiliennes (2).

En législation, il en va différemment. Deux systèmes, dont le second est celui vers lequel se tournent certaines législations de création récente, ont fait, soit expressément, soit implicitement, l'objet de textes de lois.

L'un, dans lequel on donne compétence exclusive à la loi nationale du mari, est passé dans l'article 17 de la loi d'Introduction au Code civil allemand ; en fait, l'alinéa 1er de cet article se borne à décider que la loi nationale du mari au moment de l'ouverture de l'instance en divorce est applicable à toute cause, sans envisager spécialement notre hypothèse, mais il est bien évident qu'elle seule est compétente, lorsqu'il s'agit d'un divorce entre époux de nationalités différentes, lors même que la loi nationale de la femme prohiberait le divorce ou la cause invoquée en l'espèce, ou l'autoriserait, à l'inverse, pour une cause inconnue du droit allemand. Il y a toutefois dans l'alinéa 3 une dérogation que nous avons déjà signalée :

procher de celles données en France dans les affaires *Danichewsky*, *Georgian* et *Stoyanovitch* (*supra*, p. 280). Elles peuvent se défendre par cette considération que, dans ces espèces la loi étrangère, qui tient le mariage pour nul, est certainement incompétente pour régir sa dissolution.

(1) San-Sébastien, 25 sept. 1932 et Tribunal Suprême de Madrid, 27 janvier 1933 (*Rosario Martinez Millan c. Miglicio Chisa*). *Rev.*, 1933, p. 142 et 533.

(2) Tribunal Fédéral. Brésil (*de Matos-Vieira c. Canel*). *Cl.*, 1919, p. 402.

seule la loi allemande est applicable si, au moment de l'ouverture de l'instance, la femme est allemande et le mari est étranger.

Signalons encore que les lois japonaise et chinoise donnent également compétence à la loi nationale du mari et à elle seule (1).

C'est au contraire la tendance à l'application de la plus restrictive des lois nationales en présence, qui se fait jour dans des législations de formation récente ou en voie d'élaboration. Celles-ci ne font d'ailleurs, en cela, que s'inspirer des résolutions prises à La Haye à l'issue de la Conférence de 1928, en vue de compléter la Convention de 1902, muette sur le problème de divorce entre époux de nationalités toujours différentes. Nous aurons par la suite à revenir sur l'œuvre accomplie par la sixième Conférence à cet égard ; qu'il nous suffise, pour le moment d'indiquer que le texte additionnel à l'article 8 ne tend à rien moins qu'à l'application de la plus restrictive des lois nationales des deux époux : « le divorce ne pourra être prononcé que s'il est admis tant par la loi nationale du mari que par la loi nationale de la femme » (2).

La loi finlandaise du 5 décembre 1929 n'a fait, dans son article 10, que reproduire ces dispositions tout en exigeant, pour sauvegarder l'ordre public finlandais, que la cause alléguée soit admise aussi par le droit finlandais (3).

L'article 24 de l'avant-projet de Code civil roumain consacre également le principe qu'on doit respecter les prohibitions contenues dans l'une ou l'autre des deux lois, mais se réfère à la loi nationale de chacun des époux à la date de la célébration du mariage (4). C'est un système légèrement différent dont nous

(1) Japon. — Art. 16 l. 15 juin 1898. *Cl.*, 1901, p. 639. « Le divorce se règle d'après la loi nationale du mari lors de la survenance du fait qui en est la cause. Néanmoins le tribunal ne peut prononcer le divorce que lorsque ce fait est aussi une cause de divorce d'après les lois du Japon. »

Chine. — Art. 11 l. 6 août 1918. *Cl.*, 1920, p. 776. « Le divorce peut être accordé pour tous faits qui au moment où ils se sont produits, constituaient des causes de divorce d'après la loi de la nationalité à laquelle appartenait le mari et d'après la loi chinoise. »

(2) V. le texte dans la *Revue*, 1928, p. 538.

(3) V. le texte dans *Revue*, 1933, p. 173.

(4) « Si les époux n'ont pas eu de loi nationale commune, on appliquera la

serons amenés à examiner les mérites en procédant maintenant à la recherche de la loi rationnellement applicable.

Section III.

Recherche de la loi applicable.

Si l'on peut à la rigueur prétendre que le problème soulevé par le divorce entre époux qui ont cessé d'avoir un statut national commun se ramène au fond à une simple question de droits acquis, il n'en va pas de même quand la conservation à la femme de sa nationalité d'origine fait entrer en jeu deux lois, qui sont, *a priori*, parallèlement et simultanément compétentes : il y a alors un véritable conflit de lois, pour la solution duquel on ne peut faire état d'aucune situation préexistante. Comment, dès lors, déterminer, en pareil cas, la loi applicable aux époux ?

A cet égard encore, la controverse doctrinale est particulièrement vive, mais notre tâche sera néanmoins facilitée du fait que nous retrouvons ici la plupart des thèses dont nous avons déjà fait l'exposé et la critique.

Notons tout d'abord que les auteurs qui sont partisans de l'application de la loi nationale du demandeur au cas de changement de nationalité de l'un des époux, le sont *a fortiori* dans le cas où les époux ont toujours été de nationalités différentes. Ils reprennent cette idée qu'aucune limite ne peut être apportée au statut personnel de l'époux demandeur, tel qu'il est déterminé par sa nationalité, et cela d'autant plus qu'en l'absence de toute communauté juridique antérieure, on ne saurait en aucune façon faire intervenir la théorie des droits acquis (1).

loi nationale du mari à la date de la célébration du mariage : le divorce ne pourra être cependant prononcé que si le fait à la suite duquel il est demandé justifiait la prononciation du divorce, également d'après la loi nationale à laquelle la femme était soumise à la date de la célébration du mariage. » V. *Revue*, 1933, p. 163 et s.

(1) Pour la doctrine en ce sens, v. *supra*, p. 256, note 1. Cependant Albéric Rolin donne, en cette hypothèse, compétence exclusive à la loi personnelle du mari. V. *Principes*, t. II, p. 108-109.

C'est là une argumentation que nous avons précédemment combattue ; et nous ne pouvons, dans ces conditions, que repousser cette thèse pour des motifs sur lesquels nous nous sommes déjà expliqués (1).

De même, persistent dans leur opinion ceux des auteurs qui, sans s'arrêter au changement de nationalité de l'un des époux, préconisent l'application soit de la loi nationale du mari (2), soit de la loi du domicile matrimonial actuel (3) ; soit en fin de la *lex fori* (4). Ce sont là autant de systèmes dont nous avons contesté la valeur théorique et critiqué les conséquences pratiques.

Restent les auteurs qui, s'agissant du divorce entre époux ayant eu une nationalité commune, sont partisans de la première ou de la dernière loi nationale commune. Cet élément faisant défaut dans l'hypothèse que nous étudions maintenant, il leur faut chercher ailleurs un principe de solution ou bien, en dernier ressort, donner purement et simplement leur adhésion à l'un des groupes que nous venons de passer en revue.

Les constructeurs de la théorie du statut familial ne sauraient en aucune façon exercer leur option dans ce dernier sens ; c'est qu'en effet, fidèles au double principe qui sert de base à leur thèse, ces auteurs veulent avant tout que le statut familial soit régi « par une seule et même loi et par une loi qui sera toujours la même » (5). Or il est très certain qu'aucun des systèmes précédemment envisagés n'atteint ce double but (6). Pour résoudre le problème tout en satisfaisant aux conditions imposées, M. Laneyrie se préoccupe de rechercher « un élément juridique, qui était spécial à chacun des conjoints avant le

(1) V. *supra*, p. 256 et s.
(2) Gabba, *op. cit. Rev.*, 1930, p. 352.
(3) Champcommunal, *op. cit. Rev.*, 1929, p. 4.
(4) De Vareilles-Sommières, *op. cit.*, II, n° 891.
(5) Laneyrie, *op. cit.*, p. 169.
(6) Cependant M. Bartin, pense que l'unité nécessaire du statut matrimonial entre conjoints de nationalités différentes au jour du mariage ne peut se traduire qu'en faisant prévaloir la première loi nationale du mari tant que les époux restent de nationalités différentes. V. *Principes*, t. II, p. 206.

mariage, et qui depuis est devenu commun à tous deux » (1). Cet élément, ce sera pour lui le domicile conjugal, qui, dans la conception européenne du moins, est bien commun aux deux époux (2). Et pour les raisons que nous savons (3), il attribue à ce statut familial ainsi déterminé un caractère de permanence tel qu'aucun déplacement ultérieur ne devra être pris en considération. Mais d'autres auteurs, notamment M. Pierre Louis-Lucas, hésitent à le suivre sur ce terrain (4) et M. Laneyrie lui-même est bien contraint d'admettre qu'en un cas au moins on peut difficilement maintenir compétence à la loi du premier domicile matrimonial ; c'est lorsque deux époux de nationalités différentes lors de la célébration du mariage ont acquis par la suite une nationalité commune : le groupe familial va être lié à un nouveau pays par des liens plus forts que ceux qui le rattachaient au pays où les conjoints avaient fixé leur domicile matrimonial après leur mariage (5), aussi leur statut personnel commun doit être à l'avenir régi par leur nouvelle nationalité.

Mais les conséquences pratiques qui peuvent résulter de l'application de ce système et plus spécialement de l'idée de permanence sont de nature telle que nous pouvons difficilement souscrire à cette thèse. Nous avons déjà contesté que l'on puisse continuer d'appliquer à des époux de même nationalité ayant acquis un nouveau statut national commun, une législation à laquelle ils ne ressortissent plus ni l'un ni l'autre ; pareillement nous ne pouvons admettre que la loi du premier domicile matrimonial continue à régir les rapports de deux époux, alors qu'ils ont l'un et l'autre transporté leur domicile dans un autre Etat. Prolonger la compétence du statut familial ainsi déterminé peut, en certains cas, aboutir à des résultats choquants ; à supposer, par exemple, qu'un ménage franco-allemand, domicilié d'abord

(1) Laneyrie, *op. cit.*, p. 131.

(2) Nous verrons dans notre deuxième partie que la notion de domicile conjugal aux Etats-Unis est tout autre chose.

(3) V. *supra*, p. 79.

(4) P. Louis-Lucas. *op. cit. Lois nouvelles*, 1932, p. 384.

(5) Laneyrie, *op. cit.*, p. 158. — Dans le même sens, Bartin, *Principes*, t. II, p. 207.

en Italie, vienne ultérieurement, s'établir en France, aucun Tribunal ne pourra prononcer leur divorce, alors que la loi nationale de chacun d'eux et la loi de leur domicile actuel admettent cette institution ; c'est créer un conflit là où il n'a pas de raison d'être.

Et à l'inverse, un tribunal italien devra accueillir la demande en divorce formée par une femme italienne contre un époux autrichien catholique, si la France a été le premier domicile conjugal du ménage.

Théoriquement, ces solutions se défendent mal ; nous doutons, en outre, que pareil système puisse servir de base à un accord international. Nous bornant à souligner pour l'instant les conséquences de l'idée de permanence, nous nous abstenons volontairement, comme nous l'avons déjà fait, d'examiner cette thèse, en tant qu'elle consacre le critérium du domicile. Rappelons simplement notre conclusion antérieure : en l'état actuel des législations européennes, il paraît douteux que l'adoption d'un tel critère soit de nature à assurer l'efficacité internationale des décisions judiciaires.

Quant aux auteurs qui, dans l'hypothèse d'époux ayant cessé d'avoir un statut national commun, attribuent compétence à la dernière législation commune, leurs préférences vont, pour le cas présent, soit à la loi du domicile actuel, soit à la loi du mari.

M. Crémieu se range au premier parti ; la loi du domicile doit remplir selon lui une « fonction de renforcement ». « Les causes de dissolution du mariage, comme ses effets, doivent être régis par une loi unique. Cette loi doit être... lorsque la dualité a existé dès le début du mariage, celle des deux lois nationales qui est renforcée par la fixation du domicile matrimonial. Si le domicile matrimonial a été fixé dans un Etat tiers, la loi du domicile doit alors remplacer les deux lois nationales qui sont restées égales » (1).

(1) Crémieu, *A propos de la nouvelle conception du domicile dans le règlement des conflits de lois, par René Cassin. Rev.*, 1932, p. 347.

M. Audinet assigne une fonction analogue à la loi du domicile, quand elle est celle de la nationalité de l'un des époux. Aussi, d'après lui, quand l'un des époux est Français et que le ménage s'est établi en France, il faut appliquer la loi française. Mais si les époux sont domiciliés dans le pays du conjoint étranger, sans que la femme ait perdu la nationalité française, le conjoint ne pourra demander le divorce que si la loi du domicile l'y autorise (1).

Pour des raisons que nous connaissons déjà, et dont nous avons précédemment contesté le bien-fondé, d'autres auteurs enfin optent pour le deuxième parti, c'est-à-dire pour l'application de la loi nationale du mari ; c'est la solution donnée au conflit notamment par MM. Pillet (2), Valéry (3) et Sérin (4). M. Calbairac en arrive, lui aussi, en notre hypothèse particulière à donner compétence exclusive à la loi nationale du mari. Ce n'est pas d'après lui, que tous les rapports juridiques entre époux qui n'ont jamais eu de nationalité commune, doivent être toujours régis par la seule loi du mari. Et en cela il diffère des auteurs précités. Selon lui, il faut rechercher « si l'intérêt à l'application d'une institution donnée est unilatéral ou bilatér». Si l'intérêt est unilatéral, par exemple si la femme seule la a intérêt à la mise en œuvre de l'institution, on appliquera la loi de la femme ; ainsi doit-il en être, s'il s'agit d'une question de capacité de la femme mariée. Tout cela nous paraît excellent, encore qu'il puisse être parfois bien délicat de déterminer quand et au profit de qui il y a intérêt unilatéral. Mais nous ne pouvons suivre M. Calbairac quand il déclare que s'il y a intérêt bilatéral, « on fera prédominer la loi du mari, cette prédominance étant imposée par le rôle qui est encore attribué au mari dans toutes les législations, la solution contraire (la prédominance

(1) Audinet, *op. cit. Cl.*, 1930, p. 331. De la note 19, p. 331, on peut déduire que M. Audinet est bien près de la thèse du statut familial permanent ; V. *supra*, p. 79, note 1.

(2) Pillet et Niboyet, *Manuel*, 1924, n° 471.

(3) Valéry, note sous Cour Montpellier, 19 février 1900 (*Bordes*) au D. 1901. 2.25.

(4) Serin, *op. cit.*, p. 228.

de la loi de la femme) aboutissant au matriarcat, ce qui ne se conçoit pas dans notre civilisation » (1). Faisant application de ces principes au divorce entre époux de nationalités toujours différentes, M. Calbairac résume son système en ces termes, qui nous semblent contradictoires : « Dans l'hypothèse du divorce, ces deux lois sont égales, les deux époux ayant juridiquement un intérêt égal à ce que leur loi soit appliquée et il faut faire triompher la loi du mari qui seule peut servir à trancher le conflit » (2). Puisque les deux lois sont égales, pourquoi sacrifier la loi de la femme au profit de la loi du mari ? Ne serait-il pas plus logique de les appliquer cumulativement ? aucune d'entre elles ne serait sacrifiée.

Signalons enfin le système mixte auquel paraît se rallier M. Niboyet. Dans une note au Sirey (3), ses préférences vont, semble-t-il, à la loi du domicile des époux, dans son manuel, à la loi nationale du mari (4). Mais dans ces deux cas, il estime que seule la loi française doit s'appliquer si l'un des époux est Français. Cependant sur ce point encore, sa doctrine varie, puisque dans son manuel et dans la note précitée, il subordonne l'application de la loi française à la domiciliation des parties en France et que, dans le projet par lui défendu à la Société des Etudes législatives, il expose qu'il ne peut maintenir cette condition, motif pris de ce que « la femme même fixée hors de France, n'en demeure pas moins Française » (5).

Nous ne reviendrons pas sur la critique déjà faite de cette thèse déséquilibrée, qui viole le statut personnel de l'un des époux et donne au problème une solution nationale qui va à l'encontre du but du droit international privé. M. Niboyet nous paraît beaucoup plus dans le vrai, quand il écrit par ailleurs, dans la même note, commentant le texte proposé à La Haye en 1928, que « cette solution excellente représente une application saine des véritables principes de la matière, ... rap-

(1) Calbairac, *op. cit.*, p. 366.
(2) *Eod. loc.*, p. 370.
(3) Note sous Cassation, 7 mai 1928 (*Giglio*). S. 1929.1.9.
(4) Niboyet, *Manuel*, 1928, n° 641.
(5) *Rev.*, 1929, p. 211.

pelle ce qu'on paraît trop oublier parfois chez nous, que le mariage reste une association avec des devoirs et non une aventure dont il convient de faciliter l'évasion à celui qui la recherche » (1). C'est également de l'application cumulative de la loi de chacun des époux, ou plus exactement de la plus restrictive d'entre elles, que M. Niboyet paraît partisan, quand, annotant une décision récente du Tribunal de la Seine, il écrit : « En droit français, la compétence appartient à la loi nationale des époux. Il fallait donc que le *divorce* (*d'un Italien et d'une femme Argentine*) *fût admis tant par la loi italienne pour le mari, que par la loi argentine pour la femme.* Or chacune de ces lois était précisément en sens contraire (2). Et par suite, le divorce n'était pas constitutif d'un droit engendrant un effet international » (3).

Pour notre part et pour des raisons que nous ont déjà fait opter en ce sens quand il s'est agi de conclure sur la loi applicable aux époux qui ont cessé d'avoir un statut national commun, nous n'hésitons aucunement à nous rallier à cette dernière thèse dont l'adoption s'impose ici, à notre avis, plus impérieusemenr encore qu'au cas précédemment envisagé par nous. Cette solution s'impose, disons-nous d'autant plus que, dans l'hypothèse présente, il y a conflit entre deux lois qui sont sur un pied d'égalité absolu puisqu'elles ont, bien qu'il y ait eu mariage, continué l'une et l'autre à régir respectivement le statut personnel de chaque époux. Il n'y a pas comme cela se produit quand, de deux époux de même nationalité l'un change de nationalité ou est réintégré dans sa nationalité d'origine, apparition dans le ménage d'une nouvelle loi nationale. Au contraire, les époux n'ont jamais cessé d'avoir un statut personnel propre à chacun d'eux. Aussi la question apparaît-elle entièrement débarrassée de la théorie du respect dû aux droits acquis, théorie qui prête, on le sait, à une vive controverse doc-

(1) S. 1929.1.9.

(2) C'est-à-dire que l'un et l'autre prohibent le divorce.

(3) Note sous Seine, 11 mai 1933 (*Mondet c. Rouxel*). *Rev. Crit. de Droit International*, 1934, p. 134.

trinale, notamment en raison des difficultés que suscite la définition même de la notion de droit acquis.

Nous ne reviendrons pas sur l'argumentation que nous avons déjà présentée en faveur de l'application de la plus restrictive des deux lois nationales intéressées ; nous ne ferons pas de nouveau appel aux auteurs qui partagent notre opinion.

Les raisons que nous avons jugées bonnes dans le cas précédent le sont *a fortiori* dans l'hypothèse présente où les lois nationales des deux époux conservent une égale vitalité, puisque le mariage n'a pas eu pour effet d'unifier la nationalité au sein du ménage. Or, pour procéder à l'union de tels époux, on n'a pas manqué de consulter le statut personnel de chaque fiancé ; pareillement au cours de l'existence de ce ménage, il se peut qu'on ait eu, par exemple à vérifier, et cela dans le statut personnel de chaque époux, si un contrat de vente pouvait intervenir valablement entre mari et femme. Pourquoi, dès lors, procéder différemment et abandonner ces principes généraux, dont l'application ne soulève aucune objection, quand il s'agit de dissoudre le même mariage ?

C'est au surplus la solution, du moins la solution de principe à laquelle se sont arrêtés les représentants des Etats qui ont pris part à la sixième conférence de La Haye. On y éleva la question de savoir s'il y avait lieu de compléter l'article 8 de la Convention de 1902, muette en l'espèce, par un texte relatif aux époux qui n'ont jamais eu la même nationalité, et s'il fallait, dans le cas d'une réponse affirmative, exiger que la demande en divorce ou en séparation de corps fût permise tant par la loi nationale du mari que par celle de la femme (1). Six Etats se prononcèrent sans restriction d'aucune sorte pour le respect des deux lois nationales (2). La Suède répondit également en ce sens, mais opposa une réserve qui détruisait presque le principe (3). Par contre, trois pays, le Danemark, la Suisse

(1) V. pour le texte de la question et les réponses, *Documents de la* 6e *Conférence*, 1928, I, p. 29 ; questionnaire n° IV, paragraphe C. visant cinq questions numérotées de 9 à 13.

(2) Allemagne, Hongrie, Italie, Luxembourg, Pays-Bas, Pologne.

(3) Cette réserve a fait l'objet d'un protocole n° 1 que nous analysons, *infra*,

et la Suède optèrent pour la compétence de la loi du demandeur ; et un seul, la Tchécoslovaquie, proposa d'appliquer exclusivement la loi nationale du mari. En définitive, la Conférence adopta le texte suivant : « Si les époux n'ont jamais eu la même nationalité ...le divorce ne pourra être prononcé que si dans le cas dont il s'agit, il est admis tant par la loi nationale du mari que par la loi nationale de la femme. Il en est de même dans la séparation de corps. « Mais malheureusement sur la demande des délégations suisse et suédoise, on atténua cette solution, en elle-même excellente au point de vue international, par l'adjonction d'un protocole nº 1 qui laisse à chaque Etat le soin de décider de la recevabilité de la demande en divorce ou en séparation de corps formée par la femme qui mariée à un étranger, a conservé sa nationalité et qui, résidant dans l'Etat dont elle est ressortissante, introduit sa demande devant une juridiction de cet Etat.

Ce protocole a été évidemment annexé dans le seul désir d'obtenir des adhésions ; mais il diminue considérablement la portée du principe de l'application cumulative des deux lois, tel que le consacrerait l'article 8 dans sa nouvelle rédaction. Nous persistons à croire que seule l'observation sans réserve de la plus restrictive des deux lois nationales en conflit permet de donner au problème une solution vraiment internationale.

Notre système encourt toutefois certaines objections, d'ordre tant théorique que pratique, auxquelles il nous faut répondre.

Un sujet Français, dira-t-on tout d'abord, ne peut renoncer au droit de divorcer, droit qui, en vertu de sa loi nationale, est d'ordre public. Or, en fait, puisque nous faisons application de la plus restrictive des deux lois en conflit, nous privons du droit au divorce tout sujet Français qui contracte mariage avec un sujet Italien. Nous admettons qu'en se mariant ainsi, il a renoncé d'avance au droit de divorcer. N'y a-t-il pas là une renonciation tacite inadmissible ?

Cette objection ne nous paraît pas décisive. En réalité, nous sommes en présence de deux lois nationales de statut personnel de force obligatoire inégale. L'une défend de divorcer, ou défend

de divorcer pour telle cause. L'autre permet de divorcer, ou de divorcer pour cette même cause ; et elle défend de renoncer d'avance à ce droit. La première à une portée prohibitive absolue. La deuxième est en principe permissive, accordant une faculté dont on est libre de ne jamais user. Elle défend seulement de renoncer d'avance à cette faculté.

Lorsque ces deux lois entrent en conflit, laquelle doit l'emporter sur l'autre ? En vertu du principe du moindre sacrifice, c'est la première. Le sacrifice est moins grand de ne pas appliquer la deuxième loi, qui est principalement permissive et dont le caractère prohibitif n'apparaît que dans une disposition accessoire, que si l'on n'appliquait pas la première loi qui est essentiellement prohibitive.

Le législateur italien tient essentiellement à ce que les Italiens ne divorcent pas. Le législateur français ne tient pas essentiellement à ce que les Français divorcent. Il veut seulement qu'ils *puissent* divorcer.

En cas de conflit entre les deux lois, la deuxième, qui est moins absolue puisqu'elle laisse une part à la volonté individuelle, doit s'incliner devant la première, qui serait complètement méconnue si elle ne supprimait pas la possibilité du divorce pour l'ensemble du ménage.

Une autre objection peut être tirée des difficultés qui se sont présentées dans la pratique judiciaire. Il n'est pas rare, nous l'avons constaté, que soit mise en œuvre cette règle que la Convention de 1930 a généralisée : la femme conserve sa nationalité quand le mariage n'a pas eu pour effet de lui conférer la nationalité de son mari. Or il en est ainsi notamment quand le mariage est nul au regard de la loi personnelle de ce dernier ; qu'il nous suffise pour cela de supposer qu'un Autrichien catholique ait contracté mariage, avec une Française divorcée ou encore sans célébration religieuse. Alors que le mari pourra faire annuler dans son pays d'origine le dit mariage et s'y remarier, la femme qui ne peut faire prononcer en France la nullité de son mariage pour les causes envisagées, ni faire reconnaître en France le jugement autrichien, ne pourra-t-elle néanmoins

demander le divorce ? Notre système paraît s'y opposer ; et on ne peut manquer, dans ces conditions, de lui reprocher un manque d'équité. A cela nous répondons qu'en l'espèce il n'y a pas un véritable conflit entre deux législations : celles-ci sont d'accord pour supprimer le mariage, mais par deux procédés techniques différents, d'une part l'annulation, d'autre part le divorce. On peut donc admettre dans ce cas la femme à agir en divorce pour faire dissoudre suivant la loi française un mariage nul au point de vue autrichien.

* * *

En résumé, concluons, mais cependant provisoirement, qu'un système de solution des conflits de lois, basé sur le principe de la nationalité, nous paraît de nature, orienté toutefois dans le sens que nous indiquons, à aplanir d'une façon équitable et internationale les difficultés que suscitent le divorce ou la séparation de corps entre époux de même nationalité ou de nationalités différentes ? Limiter en notre matière le rôle des notions d'ordre public international et de fraude à la loi, écarter résolument la théorie du renvoi, appliquer enfin la plus restrictive des deux lois en conflit dans le cas particulier du divorce entre époux de nationalités différentes, telles sont les retouches et les modifications qu'il conviendrait, à notre avis, d'apporter au système de la loi nationale, tel qu'il fonctionne à l'heure actuelle, dans la plupart des pays d'Europe.

Mais ce ne sont pas là nos conclusions définitives. Il nous reste en effet à examiner — et ce sera l'objet de notre deuxième partie — si l'adoption d'un autre critère, celui du domicile, qui a les faveurs du mouvement doctrinal contemporain, présente des avantages tels qu'il y ait lieu d'abandonner pour lui le vieux principe de la nationalité.

DEUXIÈME PARTIE

Le système de la loi du domicile en matière de causes de divorce et de séparation de corps

Nous avons dit, dans notre introduction, que les Etats du monde civilisé peuvent être répartis, en ce qui concerne la loi applicable au statut des personnes, en deux groupes d'une importance sensiblement égale ; les uns font de la nationalité l'élément déterminateur du statut personnel ; les autres, ne voyant dans la nationalité qu'un lien de nature purement politique, décident que l'état et la capacité des personnes doivent être régis par la loi du domicile.

C'est à l'analyse des législations de ce second groupe que nous consacrerons la deuxième partie de notre travail. Nous examinerons dans un premier chapitre la théorie anglo-saxonne des conflits de lois. Puis nous donnerons dans un chapitre II un aperçu des diverses législations de l'Europe continentale et de l'Amérique du Sud qui attribuent, en notre matière, compétence à la loi du domicile.

CHAPITRE I

APPLICATION DU SYSTÈME DANS LES PAYS ANGLO-SAXONS

Le système anglo-saxon de solution des conflits de lois diffère profondément du système continental européen. Le principe fondamental sur lequel il repose est en effet le principe de territorialité, qui, élément déterminateur et de la compétence judiciaire et de la compétence législative, n'est tempéré, dans sa mise en œuvre, que par la « comity », c'est-à-dire par la courtoisie internationale, dont le champ d'application est à son tour limité par la théorie de l'ordre public.

Nous préciserons dans une première section la portée de ces divers principes ; puis nous examinerons en deux sections comment sont résolus, en Angleterre et aux Etats-Unis, les conflits de lois en matière de divorce et de séparation de corps.

Section I.

Théorie anglo-saxonne des conflits de lois en matière de droit des personnes.

Les auteurs anglais et américains ont recueilli la théorie hollandaise de Voët et Huber, basée sur la territorialité des lois, suivant laquelle les lois de chaque Etat régissent les personnes et les choses situées à l'intérieur de ses frontières. Elle peut se résumer dans cet axiome : « Les lois d'aucun Etat souverain n'ont d'effets *ex proprio vigore* en dehors des limites de cet

Etat. » (1). Appliqué sans restriction, ce principe aurait pour effet la méconnaissance des droits et pouvoirs acquis par des étrangers dans leur pays ou par des nationaux résidant à l'étranger. Mais il a été admis de très bonne heure que ce principe doit être tempéré par la *comitas gentium* ; cette idée empruntée à Huber a été développée surtout par Story qui justifie, grâce à elle, l'application et la reconnaissance de la loi étrangère, tout en spécifiant que cette reconnaissance est « l'objet d'une courtoisie entre nations, et non d'une obligation absolue » (2).

Même dans cette mesure, la loi du domicile n'occupa longtemps qu'une place fort réduite ; mais à partir de 1850 les tribunaux admirent peu à peu la loi du domicile comme règle personnelle en matière d'état et de capacité au détriment de la *lex loci actus* ou *contractus*, ou comme régulatrice des rapports pécuniaires des époux mariés sans contrat à l'encontre de la *lex situs* (3).

Le statut personnel est régi par la loi du domicile. Entendu d'une façon absolue le principe de territorialité aurait pour corollaire de faire régir par la loi territoriale l'état et la capacité de toute personne se trouvant sur le territoire. Le droit anglo-saxon n'en excepte que les résidents de passage. Il applique rigoureusement le principe à toute personne domiciliée sur le territoire et admet corrélativement que les nationaux domiciliés à l'étranger doivent être régis par la loi de leur domicile. La personne appartient au point de vue de ses droits civils au pays où elle a son domicile ou « home ». La nationalité ne joue aucun rôle à cet égard. Elle coexiste avec le domicile — le droit anglais en fait deux notions jumelles — mais elle est cantonnée dans son rôle qui est de constituer le lien par lequel un individu est rattaché politiquement à son souverain. Le domicile au contraire est la base du droit personnel de l'individu (4).

Les auteurs anglais et américains donnent leur préférence à la loi du domicile pour trois raisons.

(1) et (2) Story, *Commentaries of conflicts of laws foreign and domestic*, p. 41.

(3) Cassin, *op. cit.*, p. 721.

(4) Colombos, *op. cit.*, p. 40, 48. — Dicey, *Digest of the law of England*, 4e édition, p. 95.

Une raison historique d'abord ; ils tiennent ce système comme seul conforme à la tradition historique ; rappelons cependant qu'au XVIII^e siècle on a commencé à se demander s'il ne fallait pas substituer au critère du domicile actuel le domicile d'origine, notion proche de la nationalité.

Ils donnent aussi des raisons d'ordre théorique, dont nous aurons plus loin à vérifier le bien-fondé ; il vaut mieux que sur un territoire déterminé, tous les habitants soient régis par la même loi et cela surtout quand il s'agit d'un pays d'immigration comme les Etats-Unis (1) ; en outre, le domicile n'est-il pas le centre des intérêts de la personne ?

Bien meilleure est la raison pratique : ni la nationalité anglaise ni la nationalité américaine n'indiquent la loi applicable, à cause du défaut d'unification des lois dans l'Empire britannique et dans l'Union américaine qui se compose de 48 Etats dont chacun a un système juridique propre (2).

Telles sont les raisons pour lesquelles la doctrine anglo-saxonne donne la prépondérance au critère du domicile.

La détermination du domicile revêt dans la théorie anglo-saxonne des conflits de lois une très grande importance, puisqu'il régit toutes les questions de statut personnel (3). Comment le détermine-t-on dans le droit anglo-américain ? Les règles qui sont appliquées à cet égard sont essentiellement d'origine jurisprudentielle ; sans doute ont-elles été commentées et synthétisées par la doctrine dans une construction scientifique, notamment par les auteurs qui se sont spécialisés dans les études du droit international privé, c'est-à-dire par Stanley, Westlake, Dicey et Minor. Mais cette construction est exclusivement une construction de la doctrine et de la jurisprudence : il n'y a aucun

(1) Bellot, *op. cit.*, p. 148. — Colombos, *op. cit.*, p. 63.

(2) Gutzwiller, Le développement historique du droit international privé. *Rec. des Cours de La Haye*, 1929, t. IV, p. 346. — Colombos, *eod. loc.*, p. 62.

(3) Parmi les ouvrages français sur la détermination du domicile en droit anglais, voir surtout Lévy-Ullmann, *Cours de droit comparé sur la part de la doctrine et la jurisprudence dans la droit anglais contemporain*. Faculté de Droit de Paris, 1930-1931, p. 222 et s. (Cours polycopié).

texte sur la matière. Il y a bien le Domicile Act de 1861, qui, sans avoir eu pour objet de condenser la question du domicile, avait pour but d'autoriser la Couronne à passer des conventions avec des pays étrangers, surtout avec la France, de manière à s'entendre sur la loi applicable, particulièrement en matière de successions mobilières. Ce texte est resté lettre morte, aucune convention n'ayant été passée par la suite. Aussi les principes de détermination du domicile ont-ils leur entière origine dans la jurisprudence et dans les commentaires des auteurs de droit international privé.

Le domicile anglo-saxon ne correspond pas du tout à la conception qui est couramment acceptée sur le continent ; il comporte une distinction capitale entre le domicile d'origine et le domicile de choix.

La règle fondamentale est que toute personne doit avoir un domicile ; et un seul aussi pour éviter qu'il y ait des « sans domicile » ; il est attribué à chaque personne au moment de sa naissance, un domicile qui sera celui où se trouve à cette époque domicilié son père, s'il y a filiation légitime et c'est là un domicile qui va la suivre jusqu'à sa mort, comme son ombre : ce domicile est appelé « *domicil of origin* » (1) S'agit-il d'un enfant naturel ? Son domicile d'origine sera celui de la mère à l'époque de la naissance. Ce sera enfin le lieu de sa naissance et, s'il est inconnu, le territoire sur lequel il a été recueilli, quand l'enfant sera de père et de mère inconnus.

Les caractères du domicile d'origine ont été précisés par l'arrêt qui fut en 1869 rendu par la Chambre des Lords dans la célèbre affaire Udny contre Udny (2).

Cette décision mit en valeur le caractère obligatoire de l'acqui-

(1) Westlake, *op. cit.*, p. 344, § 244 et s. — Dicey, *op. cit.*, p. 94, Rule 6. — Colombos, *op. cit.*, p. 40.

(2) *Udny c. Udny, Law Reports des pourvois formés contre les arrêts de la Cour d'appel d'Ecosse*, 1869, vol. 1, p. 441 et s. (L. R. 1. Sc. App. 441). En l'espèce, un Ecossais né en Ecosse, y ayant son domicile d'origine, vint, après avoir vécu à Londres 32 ans, habiter Boulogne-sur-Mer où il mourut. La Chambre des Lords donna, dans la succession, compétence à la loi écossaise, le défunt ayant cessé d'habiter Londres (domicile de choix) et n'ayant pas acquis un nouveau domicile à Boulogne : en conséquence, le domicile d'origine devait revivre.

sition du domicile d'origine — toute personne acquiert nécessairement un domicile d'origine — et son caractère persistant ; ce domicile reste efficace tant que l'individu n'a pas acquis un autre domicile — ou *domicil of choice* sur lequel nous allons revenir — et ce domicile primitif revit si le domicile d'origine disparaît sans que la personne en choisisse un autre ; il sera dans ce cas reconstitué automatiquement sans intervention de la volonté individuelle : sa résurrection n'est subordonnée qu'à une seule condition, la disparition du domicile de choix.

Cette doctrine est désormais constante dans la jurisprudence anglaise (1).

Depuis ce même arrêt Udny, il est possible à toute personne majeure d'acquérir un domicile de son choix, et l'octroi de cette faculté n'a pas été sans soulever quelque résistance. car auparavant la pratique anglaise traitant le domicilium comme la patria, appliquait à l'un comme à l'autre la maxime *Nemo potest excuere patria.* L'arrêt Udny a reconnu à tout sujet britannique devenu *sui juris* le droit de choisir un domicile. Mais il a fallu établir des règles complémentaires pour l'acquisition du domicile de choix, préciser les conditions dans lesquelles le domicile d'origine reste effacé devant le *domicil of choice.* Ce changement est un acte extrêmement important, puisque changer de domicile, c'est changer de loi, c'est modifier son statut personnel. La jurisprudence et la doctrine exigent la réunion de deux éléments, le *factum*, c'est-à-dire l'établissement dans un nouveau pays et *l'animus*, c'est-à-dire l'intention non équivoque définitivement arrêtée de se fixer sur un nouveau territoire (2) ; mais la preuve de ce changement incombe à qui l'invoque et les juges anglais se montrent à cet égard fort exigeants ; ils présument la survivance du domicile d'origine et cela à un point tel que bien souvent dans la recherche de *l'animus mutandi*, ils vont à l'encontre des déclarations expresses par lesquelles l'inté-

(1) *Williams c. Attorney* General, 1904. *Laws Report*, p. 287. — *Fleming c. Horliman, Cl.*, 1928, p. 749.

(2) Colombos, *op. cit.*, p. 41. — Westlake, p. 347, § 254. — Dicey, p. 97, Rule 7.

ressé a manifesté sa volonté de changer de domicile (1). Le domicile de choix n'est que rarement reconnu.

En principe pour déterminer si un domicile a été ou non acquis dans un pays donné, les tribunaux anglais appliquent exclusivement les règles anglaises sur l'abandon du domicile d'origine, sans prendre en considération les règles suivies dans le pays où l'on prétend avoir acquis un domicile. Cependant on soutient parfois en Angleterre qu'une personne ne peut acquérir un domicile de choix à moins qu'elle ne soit admise à un domicile selon les lois de ce pays et qu'on doit vérifier si la loi étrangère reconnaît la réalité de ce domicile ; en sorte qu'il y aurait concours de la loi étrangère et de la loi anglaise dans la détermination du domicile (2).

Section II.

Les conflits de lois sur les causes de divorce et de séparation de corps d'après la doctrine et la jurisprudence anglaise.

Le principe de territorialité détermine dans le système anglo-saxon aussi bien la compétence législative que la compétence judiciaire.

Avant d'examiner les conséquences pratiques qu'engendre son application en matière de divorce et de séparation de corps par les tribunaux anglais, nous donnerons un bref aperçu de la législation interne ; puis nous traiterons en deux paragraphes de la loi applicable au prononcé du divorce ou de la séparation de corps

(1) V. Lévy-Ullmann, *op. cit.*, p. 254. En jurisprudence : *Patience c. Main*, 1885, *Law Reports*, t. 29, p. 976. En l'espèce un Ecossais qui habitait à Londres depuis 20 ans a été considéré comme toujours domicilié en Ecosse. — *Rudd c. Rudd, Cl.*, 1925, p. 173. — *Ross. c. Ellison*, 1930. *Law Times*, t. 141, p. 666. — *Ramsay c. Liverpool*, Royal Infirmary, 1930 (*Law Times*, t. 143, p. 388) ; jugé que 20 ans de résidence n'entraîne pas perte du domicile d'origine faute d'*animus* suffisamment établi.

(2) V. à ce sujet Levasseur, *op. cit.*, p. 40. — La doctrine anglaise donne exclusivement compétence à la *lex fori* ; V. en ce sens : Dicey, p. 107 et 108. — En jurisprudence, *Davidson c. Annesley*, Chancery Division, 21 mai 1926, *Cl.*, 1927, p. 470.

et de la reconnaissance en Angleterre des jugements de cette nature qui ont été obtenus à l'étranger (1).

I. — *Aperçu de la législation interne.*

L'institution du divorce ne pénétra guère en Angleterre avant la fin du XVII^e^ siècle ; auparavant les cours ecclésiastiques qui avaient la connaissance exclusive des « causes matrimoniales » se bornaient à prononcer des annulations de mariage (divorces *a vinculo matrimonii*) ou des séparations de corps (divorce *a mensa et thoro*), mais refusaient de dissoudre un mariage valable à son origine. En 1666, lord Ross, qui avait obtenu une séparation de corps contre sa femme adultère demanda au Parlement l'autorisation de contracter un nouveau mariage. Il obtint satisfaction : telle fut l'origine du divorce par *Bill of Parliament*, dont l'octroi fut par la suite restreint au cas d'adultère. Cette procédure s'étant révélée coûteuse et compliquée, un *bill* fut présenté aux fins de simplification de a procédure ; cette initiative aboutit au Matrimonial Causes Act du 28 août 1857 (2), qui admit parallèlement le divorce et la séparation de corps ; cette loi fut déclarée applicable à l'Angleterre et au pays de Galles, à l'exclusion de l'Irlande et de l'Ecosse.

Depuis cette époque, la législation anglaise sur le divorce a été à plusieurs reprises remaniée ; elle a été en outre complétée sur certains points par des dispositions législatives partielles. Enfin elle a fait récemment l'objet d'une refonte générale : par une loi appelée « *The Supreme Court of Judicature* (*Consolidation*) *Act* » de 1925, toute la législation relative à la juridiction de la Cour suprême en ce qui concerne le divorce, la nullité du mariage et la séparation judiciaire a été abrogée, puis remise en vigueur

(1) D'une façon générale, voir à ce sujet : *Répertoire de droit international privé*, t. VI, v° *D. I. P. Angleterre* par GOULÉ, n^os^ 110 à 132. — WESTLAKE, *A treatise for private international law*, 7^e^ édition, par N. BENTWICH. — DICEY, *A digest of the Law of England with reference to the conflicts of laws*, 4^e^ édition, par KEITH. — Voir *in fine* notre table des abréviations anglaises employées.

(2) 20 et 21 Victoria, chap. 85.

sous une forme nouvelle avec effet à compter du 1er janvier 1926 (1).

La compétence judiciaire avait été en vertu de l'Act précité de 1857, enlevée aux juridictions ecclésiastiques et attribuée à des « *Courts for Divorce and matrimonial Causes* ». Mais ces cours furent peu après absorbées dans la « *Supreme Court of Judicature* », qui instituée en 1873 (2) se compose de deux sections : la première appelée Haute-Cour comprend elle-même aujourd'hui trois divisions dont l'une, « *Probate, Divorce and Admiralty Division* » vérifie les testaments, tranche les contestations d'ordre maritime et a une compétence exclusive quant au fond, en ce qui concerne les actions en divorce, en séparation de corps et en nullité de mariage. C'est à cet égard une juridiction de première instance. La deuxième section, ou « *Court of Appeal* » connaît sur opposition ou en appel des affaires qui ont déjà été soumises à l'appréciation de l'une des trois divisions de la Haute-Cour.

La procédure comporte deux phases ; si la demande en divorce ou en séparation de corps est accueillie, la cour rend une première décision provisoire « *decree nisi* » contre laquelle toute personne intéressée, suspectant les époux de collusion frauduleuse, peut former opposition dans les trois mois, devant *la Court of Appeal.* A l'expiration de ce délai, si le premier arrêt n'a pas été anéanti, la Cour rendra un arrêt définitif ou « *decree absolute* » dont chaque époux peut demander la réformation dans le délai d'un mois. Les effets en ce qui concerne les questions d'état courrent du jour du prononcé de la première sentence.

Les *mesures provisoires* et plus particulièrement la détermination des cas dans lesquels la femme peut demander un domicile séparé ont fait l'objet d'une loi du 27 mai 1878 (3) et du *Mar-*

(1) 15 et 16 Geo V. *The Public General Acts passed in the fifteenth and sixteenth years of the reign of H. M. Georges the fifth*, vol. II, chap. 49, p. 1287. — V. Piérard, *op. cit.*, p. 146.

(2) 36 et 37 Victoria, chap. 66, § 34.

(3) *Ann. lég. étrang.*, t. VIII, p. 45.

ried Women Maintenance in case of Desertion Act de 1886 (1). Mais elles sont à l'heure actuelle essentiellement régies par le *Summary Jurisdiction Married Women Act* du 6 juillet 1895 (2), modifié par la loi de juridiction sommaire (séparation et pension alimentaire) du 31 juillet 1925 (3). Sans avoir besoin de recourir à la Cour Suprême, la femme peut s'adresser à n'importe quelle juridiction sommaire dans le ressort de laquelle se seront produits les faits dont elles se plaint, c'est à dire en province l'assemblée de deux *Justices of Peace*, à Londres, soit un magistrat de la police métropolitaine, soit le Lord-Maire ou un *alderman* (4). La « *Summary Jurisdiction* » ainsi saisie pourra, notamment si la femme a été victime de « *cruelty* », et alors même que ces violences ne l'auraient pas forcée à quitter son mari et à vivre séparée de lui (5) autoriser la femme à ne plus cohabiter avec son mari, statuer sur le montant de la pension alimentaire (*alimony*) et la garde des enfants ; encore faut-il que la femme ne se soit pas rendue coupable d'adultère (6). Ces ordonnances ne produisent effets que du jour où la femme cesse de résider avec son mari ; elles cessent d'en produire si la vie commune est reprise ou si la femme est convaincue d'adultère, sauf cependant si elle y a été poussée par le non-paiement de la pension (7).

De son côté, le mari peut prendre les mêmes initiatives si la femme se rend coupable de cruauté continue envers les enfants (8)

La « *Probate, Divorce and Admiralty Division* » de la Cour

(1) *Ann.*, 1887, p. 70.
(2) *Ann.*, 1896, p. 3.
(3) Piérard, *op. cit.*, t. III, p. 163.
(4) Lehr, *Eléments de droit civil anglais*, p. 65.
(5) Loi 31 juillet 1925,art. 1 : 1° A signaler parmi les causes susceptibles de motiver les ordonnances des juridictions sommaires : la cruauté du mari envers les enfants, l'obligation imposée par le mari à la femme de se livrer à la prostitution. (Art. 2 : 2°). En outre, dispense définitive de cohabitation peut être accordée, sans qu'il y ait rupture du lien conjugal, par la *Probate, Divorce and Admiralty Division* si l'un des époux s'adonne habituellement à l'ivrognerie ou à l'usage des stupéfiants. Licensing Act de 1902, art. 5 (Texte à l'*Ann. lég. comp.*, t. 32, p. 16) modifié par l'article 3 de l'Act du 31 juillet 1925.
(6) Act 6 juillet 1895, 6°.
(7) Act 31 juillet 1925, I, 4° ; II, 1° et 2°.
(8) Act 31 juillet 1925, I, 3°.

Suprême de Justice connaît seule des appels interjetés contre les décisions rendues par les tribunaux de juridiction sommaire (1).

Les *causes de divorce* out été élargies par les Acts de 1923 et 1925. L'adultère simple constitue une cause de divorce, qu'il soit le fait du mari ou celui de la femme. Cette unification est récente ; elle a été réalisée par le *Matrimonial Causes Amendment Act* du 18 juillet 1923 (2). Auparavant, pour éviter que le mari puisse recouvrer trop facilement sa liberté, l'adultère devait en ce qui le concerne être accompagné de certaines circonstances aggravantes : bigamie, inceste, rapt, *gross cruelty* abandon pendant deux ans. En outre depuis l'Act de 1925, la femme peut introduire une demande en divorce si son mari s'est depuis la célébration du mariage rendu coupable de rapt, de sodomie ou bestialité (3). Le mari qui demande le divorce contre sa femme pour cause d'adultère est tenu de poursuivre en même temps le complice présumé ; ce dernier pourra être condamné à des dommages-intérêts (4).

Les causes de séparation de corps judiciare sont, l'adultère, l'abandon sans motif pendant deux ans, la « *cruelty* » (5), et le refus de se conformer à un jugement en restitution de droits conjugaux. *L'action in restitution of conjugal rights* est l'action exercée en vue d'obtenir le retour au domicile conjugal de l'époux qui s'est rendu coupable d'abandon (*desertion*) Le refus d'exécuter un pareil jugement est assimilé à un abandon légal et constitue, sans condition de délai, une cause de séparation de corps (6).

(1) Act, 1895, II°.
(2) *Ann. lég. étrang.*, 1924, p. 377. — 13 et 14 Geo V., chap. 19.
(3) Art. 176, Act, 1925.
(4) Art. 177 et 189, Act, 1925.
(5) Art. 185, Act de 1925. La jurisprudence a plus ou moins défini ce que l'on entend par « cruelty » : ce sont les sévices corporels, la contrainte morale exercée pour forcer à la soumission, ou plus généralement ce qui est de nature à porter atteinte à la santé. V. *Russel c. Russel*, dans *Law Reports Appeal Cases, House of Lords*, 1897, p. 468.
(6) Aff. *Powell c. Powell*, rapporté dans *Law Reports Probate Divorce and Admiralty Division*, 1922, p. 278.

La *séparation de corps amiable* ou « *séparation deed* » est admise en Angleterre ; elle n'est régie par aucun texte de loi mais elle est reconnue par les tribunaux depuis très longtemps. Au XVIII^e^ siècle déjà, les juges laïcs de la Haute Cour de Chancellerie, qui jugeait en équité, attachaient des conséquences civiles aux pactes de séparation volontaire, en s'abstenant d'ailleurs de statuer sur le lien du mariage, question qui ressortissait de la compétence des Cours ecclésiastiques (1). Aujourd'hui les tribunaux anglais reconnaissent, sous certaines conditions, la validité de ces pactes et des clauses qu'ils contiennent, notamment des arrangements pécuniaires, des dispositions relatives aux pensions alimentaires ; ou à la fixation d'un domicile distinct. Il est par ailleurs admis que la séparation est opposable aux créanciers, aux tiers et que le mari n'est plus tenu en conséquence des dettes de la femme si le fait de l'habitation séparée est notoire.

L'analyse qui précède ne concerne que l'Angleterre proprement dite ; elle ne vaut même pas pour une région qui fait corps avec elle, l'Ecosse. Les différences sont parfois profondes entre la législation anglaise et celle des autres parties de l'Empire britannique. Nous ne pouvons songer à dresser ici un tableau complet des dispositions applicables au divorce et à la séparation de corps dans les multiples pays qui se rattachent à cet Empire ; nous donnerons néanmoins à cet égard quelques brèves indications.

Pour ce qui est des pays incorporés dans le Royaume-Uni, le divorce en tant que dissolution mettant fin à l'état de mariage n'existe pas dans l'Irlande du Nord ou Ulster ; seule y est possible la séparation de corps *a mensa et thoro* (2). De même on ne peut divorcer dans les îles de Guernesey (3) et Jersey ; dans cette dernière, la séparation *a mensa et thoro* peut-être prononcée pour cause d'adultère, cruauté et danger de vie (4). Par contre le droit coutumier écossais permet le divorce pour adultère ou aban-

(1) V. à ce sujet RICHARDOT, *op. cit.*, p. 237 et s.
(2) Act du 10 août 1870, art. 7 et 13.
(3) Act, 30 juin 1890.
(4) Art. 12. Canon et Constitution ecclésiastiques de l'Ile de Jersey.

don volontaire pendant quatre ans (1). Enfin le Parlement de l'Ile de Man, peut voter un bill de dissolution pour cause d'adultère ; toutefois, l'adultère du mari doit s'accompagner de *cruelty* ou d'abandon.

Une même diversité se retrouve dans les Dominions, Colonies et Protectorats. Le divorce n'est autorisé ni dans l'Etat libre d'Irlande (2), ni dans l'Ile de Malte (3). Il est admis d'une façon plus ou moins large dans toutes les autres parties de l'Empire britannique. Notons cependant les particularités que son prononcé présente au Canada. Dans l'Etat de Québec, il ne peut résulter que d'un Bill du Parlement Fédéral (4) ; dans les autres Etats, la connaissance des actions en divorce appartient en principe aux tribunaux qui ont été créés à cet effet.

Mais le Parlement reste concuremment compétent ; l'intérêt de cette compétence réside en ce que le divorce pourra être prononcé non seulement pour une cause prévue par la loi de l'Etat où sont domiciliés les époux ; mais également pour toute cause quelconque ; le bill voté dans ces conditions n'a bien entendu que des effets strictement limités aux parties.

II. — *Loi applicable au prononcé du divorce et de la séparation de corps en Angleterre.*

Quand un tribunal français est saisi d'une action en divorce entre étrangers, il doit faire porter son examen sur les deux questions suivantes : *primo*, est-il régulièrement saisi, c'est-à-dire est-il compétent ? *secundo*, étant admis qu'il est compétent,

(1) Renton et Phillimore, *The Comparative Law of Marriage and Divorce*, p. 856 et s.

(2) L'Act de 1870 (33 et 34 Victoria, chap. 110) sur les mariages et les affaires matrimoniales n'a fait que transférer au tribunal qu'elle constituait les pouvoirs qu'exerçaient les tribunaux ecclésiastiques. La séparation y est possible en cas d'adultère, cruauté, *crimen contra naturam*.

(3) Ordonn. n° 1 de 1873, modifiée par ordonn. n° 1 de 1908. V. Piérard, *op. cit.*, p. 244.

(4) Il en était de même dans l'Etat d'Ontario, avant l'Act de 1930 ; V. à ce sujet : *Résumé du rapport préparé pour le Congrès de droit comparé de La Haye* de 1932, par Falconbridge, *Rev.*, 1932, p. 717 et s., notamment p. 723.

d'après quelle loi va-t-il trancher le litige dont il a à connaître ?

En matière de divorce et de séparation de corps, les juges anglais limitent leur examen à la première de ces deux questions ; leur compétence juridictionnelle implique nécessairement la compétence législative de la loi anglaise ; ils ne sauraient en aucune façon se référer à une loi étrangère, quelle qu'elle soit, pour apprécier le bien fondé de la demande dont ils sont saisis.

Aussi les causes qui sont de nature à justifier le prononcé d'un divorce ou d'une séparation de corps par la « *Probate, Divorce and Amdiralty Division* » se réduisent-elles strictement à celles qui sont prévues par la loi anglaise. Westlake est à cet égard très net. » Le divorce peut seulement être prononcé, dit-il, pour une cause suffisante d'après la *lex fori* ; et quand une cause suffisante d'après la *lex fori* existe, la compétence étant établie d'après les règles toujours admises, le divorce ne peut pas être refusé sous prétexte qu'il le serait soit d'après la *lex lori contractus* du mariage, soit d'après la loi personnelle des parties au moment du mariage, soit d'après la loi du lieu où s'est produit le fait qui a motivé la demande en divorce, soit d'après la loi personnelle des parties au moment où ce fait s'est produit. Cette doctrine est suivie en Angleterre tant en ce qui concerne le prononcé du divorce qu'en ce qui concerne la reconnaissance de la validité des divorces étrangers » (1).

Westlake explique cette règle par l'ordre public ; d'après lui, si la *lex fori* est seule compétente dans la détermination des causes de divorce, c'est parce que la dissolution du mariage est l'une des matières qui intéressent le bon ordre, la police territoriale et qu'on ne peut dans ces conditions, tolérer l'immixtion d'une loi étrangère. Il est au contraire de la plus haute importance que tous les détails en soient impérativement déterminés par la loi de la juridiction devant laquelle l'action est portée. Westlake ajoute qu'en Angleterre le droit d'appliquer la loi anglaise en matière de divorce n'a jamais été contesté sous

(1) Westlake, *op. cit.*, § 52, p. 97.

prétexte qu'une loi étrangère pouvant se référer à la matière ne permettrait pas le divorce pour la cause invoquée ou même n'admettrait le divorce en aucune façon » (1).

Pour Dicey, le problème de la compétence législative se pose si peu qu'il ne l'envisage même pas ; pour lui, il est bien évident que la loi anglaise seule est applicable. Il ne traite du divorce que sous la rubrique « *jurisdiction in respect of divorce* » (2) ; autrement dit, il examine simplement la question de savoir quand la Cour anglaise est compétente. Toute la difficulté réside pour lui dans la détermination de la compétence judiciaire ; c'est dire en somme que la question de compétence législative est essentiellement soudée à la question de compétence juridictionnelle, dont elle constitue non pas un problème distinct comme en France, mais un simple corollaire.

Le conflit de lois fait place en Angleterre à un conflit de juridiction ; comment dès lors se détermine la compétence des cours anglaises ? Toute la question est là.

La doctrine est unanime : en matière de divorce et de séparation de corps, la compétence est déterminée par le domicile des parties au moment de l'introduction de la demande. Or la femme mariée anglaise n'a pas d'autre domicile que celui de son mari ; il suit de là que le domicile du mari constitue le critère de la compétence des cours anglaises (3) : ou le mari sera domicilié en Angleterre et la cour sera valablement saisie ou le mari aura fixé son domicile hors d'Angleterre et la cour devra se déclarer incompétente.

Aucun autre élément ne doit être pris en considération. « Le principe maintenant adopté par les Cours anglaises, écrit Dicey, est que la compétence en matière de divorce dépend du domicile, ou en d'autres termes, que la question de savoir si les époux doivent être divorcés concerne les autorités de la région où ils

(1) Westlake, *op. cit.*, par. 52, p. 97.

(2) Dicey, *op. cit.*, p. 283.

(3) Colombos, *op. cit. Rec. des Cours de La Haye*, 1931, t. II, p. 44. « On ne tiendra compte en Angleterre que de la loi du domicile du mari à la date où cette dissolution est demandée. Le divorce sera donc accordé en Angleterre toutes les fois que le mari y sera domicilié. »

vivent et ont leur habitation légale et que par suite, les cours de la région où les parties habitent, c'est à dire sont domiciliées au moment de la demande en divorce, sont celles devant lesquelles doit être portée la question de savoir si le mariage doit être ou non dissous » (1). Dicey affirme par ailleurs que la compétence de la Cour ne dépend ni de la résidence des parties (2), ni de leur allégeance, ni de leur domicile au moment de la célébration du mariage, ni du lieu de célébration du mariage, ni enfin du lieu où la cause du divorce est née (3).

La jurisprudence a d'abord été incertaine ; ainsi dans l'affaire *Niboyet c. Niboyet*, la *Court of Appeal* infirmant le jugement rendu en première instance avait admis que la simple résidence suffisait à fonder la compétence d'une juridiction anglaise en matière de divorce. Il s'agissait en l'espèce d'une action en divorc intentée par une femme anglaise de naissance, contre son mari, consul de France ; il avait d'abord été jugé que le domicile conjugal était établi en France où le défendeur avait conservé son *domicil of origin*, que ce dernier *résidait* temporairement en Angleterre et que les cours anglaises ne pouvaient avoir compétence. La *Court of Appeal* estima au contraire qu'héritière de la compétence des cours écclésiastiques elle devait comme elles ne faire aucune différence, au point de vue de la compétence, entre le domicile et la simple résidence (4).

Mais la Cour revint sur cette jurisprudence en 1895, dans l'affaire *Le Mesurier* en décidant qu'elle ne pouvait connaître d'une action en divorce, alors que le domicile conjugal était fixé en Irlande (5). La règle a été, depuis cette époque, consacrée

(1) Dicey, *op. cit.*, p. 285, 286 et s. Même solution pour la séparation de corps, p. 296.

(2) Westlake, *op. cit.*, p. 84, § 43, écrit cependant — mais il est, semble-t-il le seul de cet avis — que le divorce doit être accordé si le mari est domicilié ou *réside* en Angleterre.

(3) Dans le même sens : Dictum de *Lord Penzance* dans Wilson, 1872, L. R. 2, P. D. 435. — De *Lord Justice Brett* dans Niboyet, 1878, 4, P. D. 1, p. 13 et 14. — Goodrich, *Conflicts of Lows*, 1927, p. 283.

(4) *Niboyet c. Niboyet*, 1878, 4 P. D. 1.

(5) *Le Mesurier c. Le Mesurier*, 1895, A. C. 517. Antérieurement à cette affaire le même système avait été suivi dans *Ratcliff c. Ratcliff*, 1859, I. Sw and Tr. 467.

par de nombreuses décisions que la compétence des juridictions anglaises est liée à l'établissement du domicile conjugal en Angleterre (1).

Telle est la solution de principe. Est-ce à dire que la domiciliation du mari en Angleterre est rigoureusement exigée et que jamais un divorce ou une séparation de corps ne pourra y être obtenu en l'absence de cet élément ? Non ; la règle comporte des exceptions, des dérogations sur l'étendue desquelles les auteurs ne semblent pas être bien d'accord. Essayons de les préciser.

En *matière de divorce*, l'opinion a été exprimée que l'on doit faire « une exception en faveur de la femme abandonnée par son mari ou dont le mari s'est conduit à son égard de telle façon qu'elle est fondée à vivre séparée de lui et qui, jusqu'au moment où elle a été abandonnée ou commencé à être fondée à vivre séparément, était domiciliée avec son mari en Angleterre » (2). Westlake semble partager cette manière de voir ; en faveur de ce système, il expose que *de lege ferenda*, cette exception a fait l'objet d'un *bill* déposé en 1920 à la Chambre des Lords et qu'elle a été en outre expressément consacrée en Tasmanie dans le *Tasmania Marriage and Divorce Law* de 1920 (3).

— *Manning c. Manning*, 1871, L. R. 1, P. D. 130. — *Wilson c. Wilson*, 1872, L. R. 2, P. D. 435. — *Gillet c. Gillet*, 1874, 8 Ir. R. Eq. 597. — *Goulder c. Goulder*, 1892, p. 240.

(1) *Uhlig c. Uhlig*, 1916, T. L. R. 63. — *Krauss c. Krauss*, 1919, T. L. R. — *Thiele c. Thiele*, 1920, L. T. JO. 387. — *Inverclyde c. Inverclyde*, 1931, P. 29. — Comp. pour les Indes : *Keyes c. Keyes and Gray*, 1921, P. 205.— *Wilkinson. c. Wilkinson*, I. L. R. 47 Bombay, 843. — *Contra* : *Lee c. Lee*, 1924, J. C. 4, 1924, p. 207. La Haute Cour de Lahore s'est reconnue compétente, bien que les parties fussent domiciliées en Angleterre, en raison de leur résidence aux Indes et du fait que le fait susceptible de donner lieu à divorce avait été commis aux Indes.

(2) Dictum du juge Gorell Barnes dans *Armytage c. Armytage*, 1898, P. D. 178.

(3) Westlake, *op. cit.*, p. 89, § 46. Le divorce peut également être prononcé sur la demande de la femme abandonnée, bien que le mari ait acquis un domicile dans un autre pays, en Nouvelle-Zélande (*Divorce and Matrimonial Causes Act*, 1908), dans l'Etat de Victoria (*D. and M. C. Act*, 1915), dans la Western Australia (*Divorce amendement*, 1912). Il en serait de même au Canada (V. Falconbridge, *op. cit.*, *Rev.*, 1932, p. 723) et dans l'Union sud-africaine (*Renton and Phillimore, op. cit.*, p. 825).

Mais la jurisprudence ne paraît pas avoir entièrement suivi cette doctrine, tout au plus semble-t-elle l'avoir fait dans l'affaire *Bertin* en 1905 (1) ; mais presque aussitôt l'arrêt *Parker* refusa, sur le motif que la Cour était incompétente, d'examiner la demande en divorce formée par une femme abandonnée en Angleterre par un mari domicilié à l'étranger (2). Quant aux arrêts que Westlake cite comme ayant fait application de cette exception, ils visent une dérogation en vérité moins large. Dans l'affaire *Stathatos* de 1913, le mariage célébré en Angleterre entre un Grec domicilié en Grèce et une Anglaise avait été annulé par une juridiction grecque sur la demande du mari en raison du défaut de célébration religieuse. Le mari ayant contracté en Grèce une nouvelle union, la femme demanda à la *Probate Division* une sentence de divorce, ce qui lui fut accordé (3). Quant à l'affaire de *Montaigu*, il s'agissait d'un mariage célébré en Angleterre entre un Français et une Anglaise après annulation par les tribunaux français pour vice de clandestinité, la femme introduisit devant la *Probate Division* une demande en divorce ; il lui fut donné satisfaction (4).

Aussi Dicey, loin de formuler une exception aussi large que le fait Westlake au principe que la compétence des cours anglaises est en matière de divorce limitée au cas où les parties sont domiciliées en Angleterre, pense que la Cour est compétente, à titre exceptionnel, dans les limites suivantes : « quand un étranger, dit-il, épouse en Angleterre une Anglaise qui y est domiciliée et que ce mariage est valable d'après la législation anglaise ; que cet étranger est au moment de son mariage domicilié à l'étranger ou qu'après son mariage, il acquiert un domicile à l'étranger et que le mariage dont il s'agit est sans valeur dans ce pays étranger, la Haute Cour a *probablement* compétence pour connaître de la demande en divorce formée par la femme » (5). Encore Dicey

(1) *Bertin c. Bertin, The Time,* 7 nov. 1905.

(2) *Parker c. Parker, The Time,* 25 avril 1906. Pour cette décision et la précédente, voir Dicey, *op. cit.,* p. 878, note 9.

(3) *Stathatos c. Stathatos,* 1913, P. 46.

(4) *De Montaigu c. de Montaigu,* 1913, P. 154.

(5) Dicey, *op. cit.,* p. 294.

exprime-t-il un doute; il n'est pas partisan de cette dérogation. « La suggestion, dit-il, n'est pas en elle-même déraisonnable, mais elle introduit fâcheusement une nouvelle hypothétique et très incertaine dérogation à la règle établie que la compétence ne matière de divorce est et doit être basée sur le domicile (1). Il approuve l'arrêt rendu dans l'affaire Ramos, espèce dans laquelle la Cour déclare n'avoir pas compétence pour connaître de l'action en divorce formée par l'épouse anglaise d'un Mexicain, domicilié au Mexique, qui invoquait à l'appui de sa demande la nullité de son mariage, pour défaut de transcription au Mexique (2).

En conclusion, l'établissement du domicile conjugal, c'est-à-dire la domiciliation du mari en Angleterre constitue, en ce qui concerne le divorce, l'élément fondamental de la compétence de la *Probate Division*; celle-ci accueille exceptionnellement la demande introduite par la femme simplement résidente en Angleterre, mais dont le mariage a été annulé par une décision étrangère. Il paraît douteux, hormis cette hypothèse, que la femme abandonnée en Angleterre puisse saisir la *Probate Division* d'une action en divorce contre son mari domicilié à l'étranger.

En *matière de séparation de corps*, la domiciliation des parties en Angleterre est en principe exigée, mais d'une façon moins stricte.

Il est tout d'abord très certain — et cela ne constitue pas en vérité une dérogation au principe classique, bien qu'on l'ait présenté comme telle — que la séparation de corps pourra être accordée à la femme dont le mari a son domicile en Angleterre mais n'y réside pas au moment de l'introduction de la demande (3).

C'est ce que le Juge Evans a exprimé, dans l'affaire *Perrin* dans ces termes : « le domicile étant établi, il y a compétence

(1) Dicey, *op. cit.*, p. 290, V. aussi p. 878. — Colombos critique également cette restriction, V. *op. cit.*, p. 45.

(2) *Ramos c. Ramos*, 1911, T. L. R. 515.

(3) Westlake, *op. cit.*, p. 92.

bien qu'il n'y ait pas résidence » (1). Les cours anglaises se sont reconnues compétentes notamment pour connaître de la demande formée par l'épouse d'un officier résidant aux Indes (2) ou en Ecosse (3).

La dérogation véritable se présente en réalité sous l'aspect suivant : il est admis tant en doctrine qu'en jurisprudence que la *Probate Division*, doit se déclarer compétente, bien que le domicile conjugal soit établi hors d'Angleterre, quand les époux y résident lors de l'introduction de la demande ; il en sera de même s'ils y résidaient l'un et l'autre quand la femme a été abandonnée ou quand les faits dont elle se plaint se sont produits (4).

Ces exceptions sont dictées par le souci qu'ont les juges anglais d'assurer la protection de la femme ; exiger la domiciliation du mari pour le prononcé d'une séparation de corps entraînerait des conséquences fâcheuses, notamment dans le cas où le domicile du mari est absolument inconnu ; on aboutirait dans cette hypothèse à un véritable déni de justice et il faut l'éviter. Aussi l'action en séparation de corps est-elle accueillie dans les limites que nous venons d'indiquer et les juges décident-ils corrélativement que le mari ne peut être admis à soulever valablement une exception d'incompétence basée sur sa domiciliation à l'étranger.

Cette solution se trouve en germe dans l'arrêt *Le Mesurier* précité dans lequel Lord Watson exposa en substance que si la résidence a un certain caractère de permanence et que le mari traite sa femme avec un degré de « *cruelty* » tel que la vie commune devienne intolérable, l'opinion dominante chez les juristes de droit international et la pratique générale sont dans le sens que les cours de la résidence sont fondées à octroyer le remède de la séparation judiciaire, sans tenir compte du domicile des parties (5).

(1) *Perrin c. Perrin*, 1914, P. 135.
(2) *Ward c. Ward*, 1923, 39 T. L. R. 440.
(3) *Eustace c. Eustace*, 1924, p. 45, C. A. et *Rev. Inst. dr. comp.*, 1924, p. 186.
(4) Dicey, *op. cit.*, p. 296. — Westlake, *op. cit.*, p. 92.
(5) Auparavant, Lord Jutice Brett, avait dans l'affaire *Niboyet* précitée,

Depuis, plusieurs arrêts ont admis que la femme simplement résidente en Angleterre pouvait valablement saisir la juridiction anglaise d'une action en séparation de corps contre son mari domicilié à l'étranger, sous les réserves que nous avons indiquées. Westlkae pense que ces exceptions ont force de loi (1) ; il semble bien en effet en être ainsi, puisqu'elles ont été consacrées dans les affaires *Armytage*, *Christian*, *Riera* et *Anghinelli* (2).

L'arrêt qui a été rendu dans ce dernier cas est particulièrement décisif, en raison des faits mêmes de la cause ; en l'espèce, le mari avait fixé son domicile en Italie, mais la femme qui habitait l'Angleterre avant son mariage y résidait au moment de l'introduction de sa demande. Le mari souleva une exception d'incompétence, mais celle-ci fut écartée en première instance, puis en appel. La décision repose sur deux motifs. D'abord sur celui-ci que la séparation de corps, à la différence du divorce, n'affecte pas l'état des personnes : elle a simplement pour but de protéger l'un des époux contre les sévices de l'autre, quel que soit le domicile matrimonial; et ce n'est en somme qu'une mesure de protection, de bon ordre, ayant un caractère purement territorial. Ensuite sur cet autre motif que la *Probate, Divorce and Admiralty Division* n'a fait que succéder aux *Courts for Divorce and Matrimonial Causes* instituées par l'*Act* de 1857 et recueillir par cette filière les pouvoirs des Cours ecclésiatiques : or celles-ci se reconnaissaient compétentes, en matière de séparation de corps, même à l'égard d'étrangers résidant en Angleterre sans y être domiciliés et même à raison de faits commis à l'étranger.

Précisons enfin que la seule résidence de la femme paraît insuffisante pour fonder la compétence de la Cour des Divorces en matière de séparation de corps ; il faut, à défaut de la domiciliation du mari en Angleterre, que ce dernier y réside ou y

soutenu que la « règle exclusive du domicile devait s'appliquer dans des demandes en séparation judiciaire et en restitution de droits conjugaux ».

(1) Westlake, *op. cit.*, p. 92.

(2) Respectivement : 1898, P. D. 178. — 1897, L. T. 86. — 1914, 112, L. T. 223. — Court of Appeal, 13 mai 1918, P. 247, C. A. et *Cl.*, 1920, p. 254.

soit venu résider avec sa femme et en même temps qu'elle.

La question n'a pas, à notre connaissance, été résolue en jurisprudence, du moins en matière de séparation de corps ; mais elle s'est posée dans les mêmes termes à propos de l'action, *in restitution of conjugal rights*, et c'est la solution qui lui a été donnée dans les affaires *Firebrace* (1) et *Yelverston* (2). Aussi peut-on penser que la question serait résolue dans le même sens, si elle venait à se poser pour une action en séparation de corps.

III. — *Effets en Angleterre des jugements étrangers de divorce ou de séparation de corps.*

Le problème de la reconnaissance en Angleterre des jugements étrangers de divorce ou de séparation de corps se ramène, comme celui du prononcé de tels jugements par les cours anglaises, à une question de compétence judiciaire ; sera tenu pour valable tout jugement qui aura été rendu par un tribunal compétent. Mais les Anglais apprécient la compétence d'une juridiction étrangère d'après le critère anglo-saxon ; il suit de là que, quand bien même le tribunal, dont émane la décision à reconnaître, aurait statué dans les limites de sa compétence, telle qu'elle est déterminée par la *lex fori*, son jugement ne produira effets en Angleterre que si les époux, ou plus exactement le mari, étaient au moment de l'introduction de l'instance, domiciliés dans le pays où il siège. Peu importe la loi dont la juridiction étrangère a fait application.

Telle est du moins la solution de principe ; nous verrons par la suite que la règle ainsi posée comporte certaines dérogations.

A vrai dire, la jurisprudence anglaise a tout d'abord, marqué quelques hésitations, en ce qui concerne la dissolution à l'étranger d'un mariage célébré en Angleterre. Il avait été jugé à cet égard dans l'affaire *Lolley* « qu'aucune décision ou loi d'un pays ou d'un Etat étranger ne pouvaient dissoudre un mariage anglais

(1) *Firebrace c. Firebrace*, 1878, 4, P. D. 63.
(2) *Yelverston c. Yelverston*, 1859, I. S. and T. 574.

a vinculo matrimonii pour une cause qui ne permettrait pas cette dissolution en Angleterre ».

En l'espèce, Lolley accusée de bigamie se prétendait régulièrement divorcé de sa première femme par un jugement écossais dans lequel avait été retenu contre lui le grief d'adultère simple ; la juridiction anglaise saisie ne tint aucun compte de la décision écossaise, motif pris de ce que l'adultère du mari ne constituait une cause de divorce au regard du droit anglais qu'autant qu'il était accompagné de certaines violences. En conséquence *Lolley* fut condamné. Les juges exprimèrent l'avis, après avoir rendu cette sentence, que de toute façon il ne pouvait être donné effet en Angleterre au jugement écossais, puisque, lors du prononcé du divorce, Lolley était domicilié en Angleterre et n'avait en Ecosse qu'une simple résidence, que dans ces conditions les autorités écossaises n'avaient pas compétence pour prononcer le divorce (1).

La jurisprudence fut un temps partagée. Certains arrêts exigèrent conformément au précédent *Lolley*, que s'agissant d'un mariage, célébré en Angleterre, les cours étrangères se conformassent à la loi anglaise. Lord Brougham alla même jusqu'à soutenir dans l'affaire *Mac Carthy c. Desaix* qu'un mariage anglais ne pouvait jamais être dissous à l'étranger et qu'il ne pouvait, dans ces conditions, être question de se préoccuper de la cause alléguée (2).

Mais l'exigence de la conformité de la cause à la *lex loci contractus*, notamment quand il s'agit d'un mariage célébré en Angleterre fut combattue dans plusieurs arrêts qui interprétèrent l'arrêt Lolley, comme imposant la condition de domicile des parties dans le ressort du tribunal saisi (3).

(1) Lolley, 1812, Ru and Ry. 237.

(2) V. encore Wilson's, *Trust*, 1865, L. R. I. Eq. 247. — Dictum de Lord Westbury dans *Shaw c. Attorney General*, 1870, 161, 2. *Law Reports Probate and Matrimonial Causes*, vol. 2, p. 161-162. — *Mac Carthy c. Desaix*, 1831. *Russelland Mylnes Reports Chancery*, vol. 2, p. 614.

(3) *Conway c. Beazly*, 1831, 3 Hagg. Eccl 639. — *Maghie c. Mac Allister*, 1853, 3 IR. Ch. 604. — *Dolphin c. Robins*, 1859, 7 H. L. 390. — *Shaw c. Gould*, 1868, IR. 3 H. L. 85.

Aujourd'hui, le précédent Lolley paraît avoir été écarté définitivement ; il est très certain que de nos jours, tout jugement étranger de divorce est, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre mariage anglais et mariage étranger, valable en Angleterre pourvu qu'il ait été prononcé par une juridiction dans le ressort de laquelle les parties avaient leur domicile au moment de l'introde laquelle les parties avaient leur domicile au moment de l'introduction de l'instance. Ce principe est enseigné en doctrine (1). La jurisprudence de son côté ne semble attacher aucune importance à la cause qui a été retenue par les juges étrangers. Aussi, dans l'affaire *Harvey v. Farnie*, il a été jugé que « les tribunaux anglais doivent reconnaître le divorce prononcé en pays de chrétienté par un tribunal compétent sans soupçon de collusion et de fraude, alors même que le mariage dissous a été contracté en Angleterre et que les motifs de divorce ne seraient pas considérés comme valables par la loi anglaise » (2). *Lord Cozems-Hardy* déclare dans l'affaire *Bater* que « les précédents mettent hors de doute que le divorce a pu être prononcé sur des griefs qui n'auraient pas été admis en Angleterre et qu'il est raisonnable de soumettre les gens mariés à la loi de la communauté au milieu de laquelle ils ont leur domicile » (3).

Il a été jugé, à l'inverse, que doit être tenu pour nul le divorce prononcé par le tribunal de la simple résidence, du mari. Ainsi en a-t-il été dans l'affaire *Rudd c. Rudd*, espèce dans laquelle le mari qui était domicilié en Angleterre au moment du mariage avait abandonné sa femme et fait prononcer son divorce aux Etats-Unis où il prétendait avoir transporté son domicile. La Cour estima que ce transfert n'était pas établi et refusa de reconnaître la décision, dont il se prévalait, pour incompétence des

(1) Foote, *op. cit.*, p. 113. — Dicey, *op. cit.*, p. 418. — Westlake, *op. cit.*, p. 99. — Colombos, *op. cit.*, p. 44.

(2) *Harvey c. Farnie*, 1880, 5, D. P. 185 et sur appel 1882, 8 App. C. A. — V. encore *Briggs c. Briggs*, 1880, 5 P. D. 163. — *Pemberton c. Hughes*, 1899, I, Ch. 180, divorce prononcé en Floride où les deux époux étaient domiciliés pour caractère « ingouvernable » de la femme. — V. pour le Canada : Cour suprême de Montréal, 11 nov. 1924 (*Larivière c. dame Monetti*). *Rev.*, 1925, p. 411.

(3) *Bater c. Bater*, 1906, p. 209. *Rev.*, 1908, p. 966 et *Cl.*, 1907, p. 173.

tribunaux américains (1). *A fortiori*, la décision étrangère sera-t-elle dénuée d'efficacité si elle a été rendue à l'insu de la femme ; ainsi le mari anglais qui après six mois de séjour au Nebraska y obtient le divorce sur simple publication ne peut se remarier valablement : il pourra même être poursuivi et condamné pour bigamie (2).

Peu importe la cause du divorce ou de la séparation de corps, peu importe également le caractère laïc ou religieux du tribunal qui a rendu la décision à reconnaître.

En principe, les cours anglaises donnent effets à toute décision par laquelle un tribunal religieux prononce le divorce entre sujets britanniques ou non, domiciliés dans son ressort et ce, même pour une cause ignorée du droit anglais. Ainsi, doit être tenu pour valable le jugement par lequel les autorités rabbiniques d'Alexandrie prononcent conformément à la loi mosaïque le divorce entre époux israélites anglais, domiciliés à Alexandrie. Au contraire, est sans valeur la décision de divorce rendue par un tribunal religieux dans un pays où les époux n'ont pas leur domicile ; par exemple des époux russes divorcés par un tribunal ecclésiastique russe siégeant en Allemagne ne peuvent se prévaloir du jugement ainsi obtenu parce que non domiciliés dans ce pays (4). Cependant il a été jugé qu'un musulman ne pouvait invoquer en Angleterre un jugement de divorce obtenu dans les Indes conformément à la loi musulmane par répudiation unilatérale contre sa femme anglaise non musulmane, bien qu'il fût domicilié aux Indes et que ce divorce fût valable dans la communauté musulmane à laquelle il appartenait (5). Dicey tient ce mode de dissolution pour incompatible avec la conception

(1) *Rudd. c. Rudd.*, 1924, P. 72 ; même espèce dans *Russell c. Russell*, 1895, P. C. A. 315. — V. pour le Canada : *Delaporte c. Delaporte*, 1927, 61. *Ontario Law Reports*, 302.

(2) *Coke c. Coke*, 17 juin 1908, *Cl.*, 1909, p. 22.

(3) *Sasson c. Sasson*, *Law Reports*, 1924. Appeal Cases 1007.

(4) *Princess Neledinsky Meletzky c. Meletzky*, *The Times News-paper*, 14 déc. 1923. Cité par Westlake, *op. cit.*, p. 91.

(5) Mir Anwareddin, *Law Reports King's Bench Division*, 1917.1.882 (en abréviation 1917. L. K. B. 882 C. A.).

anglaise du mariage ; donner effets à un divorce prononcé dans ces conditions serait contraire à l'ordre public anglais (1).

En définitive, le principe est donc bien que pour être reconnu en Angleterre un jugement étranger de divorce ou de séparation de corps doit émaner d'une juridiction dont la compétence était fondée sur le domicile des parties dans son ressort au moment de l'introduction de la demande.

L'observation de cette règle est-elle absolue ? Non. Il existe deux dérogations, dont l'une est l'œuvre de la doctrine et de la jurisprudence ; l'autre valable actuellement pour les divorces indiens, résulte d'une loi récente.

En premier lieu, il est admis que la décision rendue par une juridiction dans le ressort de laquelle les époux ne sont pas domiciliés doit produire ses pleins effets en Angleterre, si le divorce obtenu dans ces conditions est tenu pour valable dans les pays où les époux sont effectivement domiciliés. Cette dérogation a pour but d'éviter que des époux ne soient pas considérés comme divorcés en Angleterre, alors qu'ils le sont partout ailleurs. Une union dissoute dans l'Etat de la résidence des deux parties ou de l'une d'entre elles seulement et tenue pour dissoute dans l'Etat de leur domicile doit être considérée comme dissoute dans le monde entier. Cette dérogation a force de loi en jurisprudence et les auteurs lui donnent cette portée depuis l'affaire *Armitage c. Attorny Général* (2). Peu importe que le

(1) Dicey, *op. cit.*, p. 891. — Rapprocher l'opinion exprimée par Falconbridge (*op. cit., Rev.*, 1932, p. 724) que si un divorce prononcé judiciairement en Belgique pour consentement mutuel est certainement valable en Angleterre il est douteux qu'il le soit en U. R. S. S. par simple déclaration sans forme judiciaire.

(2) *Armitage c. Attorney General,* Haute Cour de Justice P. D. A. Division, 21 février 1906. *Rev.*, 1906, p. 647. En l'espèce, Amy Passingham de nationalité anglaise avait épousé en Angleterre l'Américain Gillig ; en 1888, elle obtient contre lui un jugement de séparation de corps. Ce dernier va fixer son domicile dans l'Etat de New-York. Sa femme fait prononcer en 1891 dans le South-Dakota où elle résidait le divorce aux torts de son époux. En raison du caractère contradictoire de la procédure, ce divorce est reconnu dans l'Etat de New-York, où les deux époux sont légalement domiciliés. Amy Passingham contracte un second mariage avec Armitage, rentre en Angleterre, y obtient un jugement de séparation de corps : c'est l'affaire *Armitage c. Armitage* que nous avons précédemment commentée. Gillig remarié de son côté introduit devant

divorce ait été obtenu au lieu de la résidence de la femme ou au lieu de la résidence du mari ; la seule question est de savoir quelle est sa valeur au lieu du domicile du mari. S'il y est reconnu, il doit l'être en Angleterre ; dans la négative, ni l'un ni l'autre des époux ne pourront s'en prévaloir devant les cours anglaises.

Pour que la femme puisse invoquer en Angleterre le divorce qu'elle a fait prononcer au lieu de sa résidence il faut très certainement qu'elle établisse la validité de ce jugement au domicile de son mari (1). Le même principe régit-il la reconnaissance en Angleterre de la séparation de corps judiciaire, obtenue par la femme abandonnée au lieu de résidence ? A notre connaissance, la question ne s'est pas encore présentée en jurisprudence et les auteurs anglais qui ne raisonnent que sur les cas d'espèces se sont naturellement bien gardés de l'examiner. Nous estimons que logiquement un tel jugement devrait être tenu pour valable sans qu'il y ait lieu d'examiner s'il est ou non reconnu dans le pays où est domicilié le mari. Nous avons vu en effet précédemment que les cours anglaises autorisent la femme abandonnée en Angleterre à demander la séparation de corps contre son mari domicilié à l'étranger. La nécessité d'assurer la protection de la femme qui dicte aux juges leur attitude dans cette première hypothèse doit aussi bien jouer quand il s'agit de donner effets à un jugement étranger rendu dans les mêmes circonstances.

Ils devraient donc reconnaître purement et simplement la séparation de corps obtenue par la femme au lieu de la résidence

la *P. D. A.* Division une demande en nullité de son divorce et de son remariage, nullité qui aurait pour conséquence la nullité du remariage d'Amy Passingham avec Armitage. La Cour jugea que le premier mariage contracté par Amy Passingham avec Gillig avait été valablement dissous, car la décision rendue au lieu de la résidence de la femme avait été reconnu valable dans l'Etat de New-York, où était domicilié le défendeur. — V. encore Dicey, *op. cit.*, p. 424. A l'inverse doit être annulé le remariage de la femme dont le divorce prononcé au lieu de sa résidence n'est pas reconnu dans le pays du domicile du mari. En ce sens : *Cass. c. Cass.*, 1910, 108. *Law Times Reports*, 397.

(1) Sinon elle ne peut s'en prévaloir, alors même qu'elle aurait été fondée à vivre séparée de son mari. V. *Shaw c. Att. General, Law Reports Probate and Matrimonial causes*, 1870, vol. 2, p. 156. — *Green c. Green, Reports Law P. D. A. D.*, 1890, p. 89 et *Cl.*, 1893, p. 911.

dence même si cette séparation est nulle eu égard à la législation en vigueur au lieu du domicile de son mari.

La dernière dérogation ne concerne que les divorces qui ont été prononcés entre individus simplement résidents aux Indes et dans l'Etat de Kenya avant les Acts de 1921 et 1922 ; il s'agit donc d'une dérogation légale exceptionnelle destinée à pallier aux difficultés soulevées par la reconnaissance en Angleterre de jugements de divorce rendus par les tribunaux d'une possession anglaise. Elle a joué à l'heure actuelle essentiellement pour les décisions émanées des cours indiennes. Par l'*Indian Divorce Act* de 1869, la faculté avait été concédée aux cours indiennes de délivrer des *decrees of dissolution* pourvu que le mariage ait été célébré aux Indes, que le demandeur fût chrétien et *résidât* aux Indes au moment de l'introduction de la demande ; à cette époque, on n'était pas encore fixé en Angleterre sur l'élément déterminateur de la compétence et il n'est pas douteux qu'on autorisait les tribunaux indiens à se déclarer compétents sur la base de la simple résidence. Or les tribunaux ne modifièrent en rien leur jurisprudence quand l'arrêt *Le Mesurier* eut fait du domicile le fondement de la compétence judiciaire en matière de divorce. Il résulta de là que la validité des divorces indiens fut contestée en Angleterre, notamment dans l'arrêt Keyes qui décida que les cours des Indes n'avaient pas le pouvoir de prononcer des divorces entre époux domiciliés dans leur ressort (1). Pour éviter les répétitions de semblables contestations, l'*Indian Divorces validity Act* de 1921 valida rétroactivement les divorces indiens déjà intervenues ou en cours au 1er juillet 1921 (2). De même furent validés en 1923 les divorces prononcés antérieurement dans l'Etat de Kenya sur le simple fondement de la résidence. Ces *Acts* étaient sans effet pour l'avenir.

La jurisprudence des Cours indiennes demeura néanmoins divisée ; certaines d'entre elles n'apportèrent aucune modification à leurs règles de compétence (3), d'autres au contraire

(1) *Keyes c. Keyes and Gray*, 1921, p. 204.
(2) *Ann.*, 1921, p. 9.
(3) *Lee c. Lee*, High Court of Lahory, 1924, cité par WESTLAKE, *op. cit.*, p. 85.

exigèrent que les parties fussent domiciliées dans leur ressort (1).

Aussi pour mettre fin à ces divergences, le Gouvernement impérial, modifiant en 1926 l'Act de 1869, limita la compétence des cours indiennes aux actions en divorce entre époux domiciliés aux Indes. Il a toutefois été proposé au Parlement d'autoriser les dites Cours à connaître des actions en divorce entre sujets britanniques résidents aux Indes mais sous les conditions suivantes ; que le mariage ait été célébré, ou que la cause de divorce se soit produite aux Indes que les époux y aient résidé ensemble, que la demandeur soit dans l'impossibilité absolue de porter sa demande devant la cour de Londres. Enfin, ces conditions remplies, la seule loi applicable serait la loi anglaise. Ce projet n'a pas encore, à notre connaissance, fait l'objet d'un vote au Parlement (2).

Section III.

Les conflits de lois sur les causes de divorce et de séparation de corps d'après la doctrine et la jurisprudence des Etats-Unis.

Aux Etats-Unis quarante-huit législateurs jaloux de leur autonomie législative font la loi diversement ; seul le respect dû aux lois constitutionnelles vient limiter leur pouvoir de légiférer. Aussi n'est-il pas rare qu'une même institution y fasse l'objet d'autant de lois qu'il y existe d'Etats. Il suit de là que les conflits de lois y sont extrêmement nombreux, puisque outre la forme internationale propre à la vieille Europe, ils peuvent y revêtir la forme interprovinciale ; en fait c'est sous ce dernier aspect qu'ils se présentent la plupart du temps dans la pratique judiciaire. Les Etats-Unis constituent en quelque sorte la terre d'élection des conflits de lois.

Nous donnerons tout d'abord un aperçu de ces législations

(1) *Wilkinson c. Wilkinson*, High Court Bombay, cité par Dicey, *op. cit.*, p. 898.

(2) V. Dicey, *op. cit.*, p. 898.

internes dont la diversité explique la fréquence aux Etats-Unis des conflits de lois qui nous intéressent. Puis nous examinerons à quelles conditions un tribunal américain peut prononcer un divorce ou une séparation de corps. Nous préciserons enfin les limites dans lesquelles un jugement de divorce ou de séparation de corps rendu dans un Etat frère ou dans un Etat étranger peut être reconnu valable et recevoir exécution dans les Etats de l'Union.

I. — *Aperçu de la législation interne.*

Dans les limites des pouvoirs qui lui ont été concédés, le gouvernement fédéral est souverain et tous les Etats particuliers lui doivent obéissance ; mais, en dehors de ces limites chaque Etat de l'Union se gouverne et légifère à sa guise, de sorte que la législation varie d'Etat à Etat et se diversifie presque à l'infini, à ce point que sur les quarante-huit Etats (1) qui composent actuellement l'Union, il n'y en a pas deux qui aient exactement la même législation sur les causes de divorce et de séparation de corps.

Toutefois, la législation civile a une base commune, la loi coutumière anglaise ou Common Law telle qu'elle était en vigueur à l'époque de l'indépendance. Mais cette loi commune a été modifiée dans chaque Etat, à un point tel qu'il est malaisé de synthétiser les dispositions qui régissent aux Etats-Unis le divorce et la séparation de corps.

A l'origine, et pendant un temps assez long, le droit de prononcer le divorce fut réservé au pouvoir législatif comme il l'était en Angleterre au Parlement avant la réforme judiciaire de 1857.

En principe, à l'heure actuelle, seuls les tribunaux ordinaires sont compétents ; toutefois on reconnaît assez généralement au pouvoir législatif un droit concurrent de prononcer le divorce, mais alors seulement pour des causes non prévues par la loi

(1) Non compris le district fédéral de Colombie et les deux territoires : Alaska et Iles Hawaï.

locale (1). La compétence exclusive du pouvoir législatif ne subsiste que dans l'Etat de la Caroline du Sud, où le divorce, en principe prohibé, peut exceptionnellement résulter d'un *Bill of Parliament.*

Les causes de divorce judiciaire sont nombreuses et variées ; le droit commun anglais transplanté aux Etats-Unis a subi à cet égard une évolution considérable. Il y a lieu de noter cependant que le divorce n'est pas aussi largement ouvert qu'on le pense généralement : ainsi le divorce par consentement mutuel n'existe pas ; l'aliénation mentale n'est une cause de divorce que dans quelques Etats. La seule qui soit commune à tous les Etats est l'adultère simple, qu'il soit le fait du mari ou de la femme, sauf entente frauduleuse des époux en vue de divorcer ou pardon de l'époux non coupable.

Les autres causes procèdent presque toujours de la théorie pénale du divorce ; seuls des faits impliquant faute permettent l'introduction d'une action en divorce. Ce sont la « *cruelty* », l'abandon non justifié, depuis au moins deux ans, la bigamie, la condamnation à certaines peines, l'ivrognerie habituelle après le mariage, ou encore les crimes contre nature (2).

La séparation de corps peut être prononcée en justice pour ces mêmes faits. Mais elle peut également résulter comme en Angleterre d'un accord conventionnel, modifiant les rapports personnels et pécuniaires des époux (3).

On a tenté de mettre sur pied une législation uniforme sur le divorce et la séparation de corps. L'*uniform Ansulment of Marriage and Divorce Act.*, préparée en 1906, par un Congrès national réuni à cet effet, approuvé par la Commission d'uniformité des lois en 1907 réduisait à six les causes de divorce et à cinq celles de séparation de corps (4).

(1) Frank Keezer, *The law of marriage and divorce*, § 60, p. 37.

(2) V. pour chaque Etat, Piérard, *op. cit.*, p. 409 et s.

(3) Keezer, *op. cit.*, § 65, p. 39. — Richardot, *op. cit.*, p.

(4) Causes de divorce : adultère, cruelty insupportable, abandon depuis deux ans, ivrognerie habituelle, conviction de crimes dans certains cas et bigamie. — Causes de séparation de corps : les 4 premières causes de divorce précitées et la folie incurable du mari. — V. le texte des résolutions dans Kee-

Mais, en 1926, époque à laquelle fut rédigé un nouveau projet (1), cette loi uniforme n'avait été adoptée que par cinq Etats (2).

II. — *Loi applicable au prononcé du divorce et de la séparation de corps dans un des Etats de l'Union.*

Le domicile des parties au moment de l'introduction de la demande détermine, comme en Angleterre la compétence judiciaire et *ipso facto*, la loi applicable ; les tribunaux américains ne se reconnaissant en principe compétents que si les époux sont domiciliés dans leur ressort, leur compétence ainsi établie, ils leur appliquent la loi de leur domicile, c'est-à-dire la « *lex fori* ».

L'opinion est unanime en ce sens. « L'état de mariage, écrit Minor, est essentiellement un mode de vie. Il est donc tout à fait indiqué qu'il soit régi dans tous ses détails par la loi du lieu où vivent les parties, c'est-à-dire par la loi de leur domicile ; de telle sorte que, lorsqu'elles changent de domicile, la loi gouvernant leurs relations matrimoniales change également » (3).

L'Etat sur le territoire duquel les époux sont domiciliés a seul juridiction pour prononcer le divorce suivant la loi du domicile, alors même que les époux seraient par la nationalité rattachés à un autre pays ou que la loi d'un domicile conjugal antérieur ou du lieu de célébration du mariage n'admettait pas la cause de divorce alléguée (4).

Dans la pratique, l'application de ce système a donné lieu à des difficultés qui procèdent pour partir de la faculté qu'à la femme aux Etats-Unis d'avoir un domicile propre et pour partie

zer, *op. cit.*, p. 455 ; V. encore Ch. Rey, *La Commission américaine d'uniformité des lois d'Etat*, p. 101.

(1) Report of the Committee on Marriage and Divorce to the 36th annual meeting of the national conference of commissionners on Uniform State Law, 1926.

(2) Ch. Rey, *op. cit.*, p. 100.

(3) Minor, *Conflicts of Laws*. Boston, 1901, p. 172.

(4) V. à ce sujet, Kuhn. La conception du Droit international privé d'après la pratique et la doctrine aux Etats-Unis. *Rec. des Cours de La Haye*, 1928, t. I, p. 240 et s.

de l'ampleur prise par la fraude à la loi dans le transfert du domicile.

Le principe est communément accepté dans la doctrine et la jurisprudence américaines que la femme acquiert immédiatement par mariage le domicile de son mari : la femme mariée se trouvant sous la « *coverture* » de son mari ne peut avoir d'autre domicile que le sien et les changements qui surviennent dans le domicile du mari se répercutent sur le domicile de la femme (1).

Mais à la différence du droit anglais, le droit américain reconnaît à la femme le droit d'acquérir un domicile distinct de celui de son mari, alors que le lieu conjugal subsiste intact. C'est là une jurisprudence aujourd'hui établie. « On a pu prétendre, relève-t-on dans l'arrêt *Cheever c. Wilson*, que le domicile du mari est le domicile de la femme et qu'elle ne peut en avoir un différent. De cette dernière proposition, le contraire est si bien établi qu'il n'y a pas à le discuter. La règle est que la femme peut acquérir un domicile séparé toutes les fois qu'il est nécessaire ou convenable qu'elle le fasse. Le droit sort de la nécessité et dure aussi longtemps que cette nécessité continue » (2). Les tribunaux américains ont précisé les cas dans lesquels il est « *nécessaire* ou *convenable* » que la femme ait un domicile séparé. Ils ont d'abord autorisé la femme abandonnée par son mari à intenter l'action en divorce au lieu du dernier domicile matrimonial ; on a considéré « qu'il était injuste d'obliger une femme envers laquelle son mari s'était rendu coupable à le suivre, afin d'obtenir le divorce, là où il choisit d'aller » (3). Mais, allant plus loin, les tribunaux des Etats-Unis ont admis que la femme mariée, qui a en fait une résidence indépendante du domicile de son mari et qui a *l'animus manendi* peut lui attribuer le caractère d'un domicile à elle propre, en y intentant l'action en divorce (4).

Il suit de là qu'aux Etats-Unis, les époux peuvent saisir

(1) Minor, *op. cit.*, p. 94, § 46.
(2) *Cheever c. Wilson* rapporté dans *Wallace's Reports*. C. U. S. Suprême Court, t. 9, p. 108.
(3) Kuhn, *op. cit.*, p. 242.
(4) Minor, *op. cit.*, p. 101, § 50.

simultanément d'une action en divorce les tribunaux de leurs domiciles respectifs et cela n'est pas sans provoquer certaines difficultés ; il arrive en effet que des jugements contradictoires soient rendus entre deux époux mais dans des Etats différents. Quelle va être la portée extra-territoriale de chacune de ces deux décisions ? Appelée à connaître de ces conflits, la Cour Suprême des Etats-Unis a posé certains principes que nous aurons par la suite à examiner.

Les facilités de changement de domicile et la faculté qu'ont les époux d'avoir un domicile séparé, combinées avec la règle que chaque tribunal prononce le divorce conformément aux causes admises par la *lex fori* ont multiplié les transferts frauduleux de domicile au point que des mesures ont dû être prises pour sanctionner la fraude à la loi. Les Etats déterminent souverainement les conditions d'acquisition d'un domicile ; or certains d'entre eux se montrent peu exigeants sur ce chapitre et transforment rapidement la simple résidence en domicile (1) ; il est même admis dans certains Etats que le domicile s'acquiert immédiatement au cas où il y a transport effectif de la personne et intention de demeurer. On conçoit, dans ces conditions, qu'un mari domicilié dans l'Etat de New-York où l'adultère constitue la seule cause de divorce, ou mieux dans l'Etat de la Caroline du Sud où le divorce judiciaire n'existe pas, soit tenté, dans l'intention de se soumettre à une loi plus libérale en matière de divorce, d'acquérir un domicile dans un Etat où les causes de divorce soient plus largement admises. L'abus de cette pratique a provoqué une réaction qui s'est traduite dans la législation interne de certains Etats et dans l'*Uniform Annulment of Marriage and Divorce Act.*

Certaines lois prévoient qu'aucun divorce ne sera accordé pour une cause survenue hors de l'Etat, à moins que le ménage

(1) Par exemple dans la ville de Reno au Kansas. En l'absence de toute fraude à la loi, il y a souvent incertitude sur le domicile ; la *lex fori* est seule compétente pour trancher la difficulté. V. Washington, 1927, affaire *Spielman*, *Cl.*, 1929, p. 466. — Cour Suprême de Californie, 25 février 1902 (Festetics de Tolma). *Cl.*, 1904, p. 209.

ne fût déjà antérieurement installé dans cet Etat ou qu'au moins l'un des époux y vécût déjà.

Par ailleurs la loi uniforme en matière de divorce et d'annulation de mariage, qui a été adoptée par quelques Etats porte que le divorce peut être accordé dans les conditions suivantes :

1° « Quand, au temps où la cause d'action a pris naissance, l'une des parties résidait de bonne foi dans l'Etat, y résidait encore au moment où l'action a été intentée, sauf qu'aucune action en divorce ne sera intentée pour autre cause qu'adultère ou bigamie, à moins que l'une des deux parties n'ait résidé de bonne foi dans l'Etat pendant deux ans avant l'introduction de la demande.

2° Quand, depuis que la cause de divorce s'est produite, l'une des deux parties a, pendant au moins deux ans avant l'introduction de la demande, continué de résider de bonne foi dans l'Etat, pourvu que la cause invoquée soit reconnue comme cause de divorce dans la juridiction où résidait la partie quand cette cause s'est produite. »

Il faut donc d'après ce texte, ou bien que la cause de divorce se soit produite dans l'Etat où siège le tribunal compétent d'après le domicile de l'une des parties et même s'il s'agit d'une cause autre qu'adultère ou bigamie, que la résidence dans cet Etat remonte au moins à deux ans ; ou bien, si la cause de divorce s'est produite ailleurs, qu'elle vaille comme cause de divorce là où résidait la partie à cette époque et que la résidence dans l'Etat du tribunals saisi remonte au moins à deux ans. En outre pour sanctionner les « *migratory divorces* », la loi ajoute que « si un habitant d'un Etat quelconque transporte sa résidence dans un autre Etat dans le but d'obtenir un jugement de divorce pour une cause qui s'est produite pendant qu'il résidait dans le premier Etat ou pour un fait qui ne donnait pas lieu à divorcer d'après les lois de cet Etat, le jugement ainsi obtenu n'aura aucun effet dans cet Etat » (1).

Ces textes montrent que la fraude à la loi en matière de divorce par changement de domicile avait pris aux Etats-Unis une grande

(1) Ch. Rey, *op. cit.*, p. 102.

extension au point d'inquiéter les autorités fédérales. Nous aurons à revenir sur cette question quand nous examinerons d'un point de vue critique les mérites respectifs des deux critères, domicile et nationalité.

III. — *Effets dans un Etat de l'Union d'un divorce ou d'une séparation de corps prononcé dans un autre Etat ou par un tribunal étranger.*

Aux Etats-Unis, la reconnaissance d'un jugement de divorce ou de séparation de corps se ramène bien comme en Angleterre à la question de savoir si le tribunal dont il émane était ou non compétent, le domicile des parties au moment de l'introduction de la demande constituant le critère de cette compétence. Peu importe la loi appliquée par le tribunal étranger. Mais le problème est infiniment plus complexe en droit américain qu'en droit anglais et cela d'abord parce que la femme peut, dans des circonstances que nous avons déjà précisées avoir un domicile propre ; ensuite et surtout parce qu'il existe entre les Etats de l'Union des divergences sur la nature juridique de l'action en divorce.

Il s'agit d'ailleurs là surtout d'une question de procédure. La doctrine et la pratique américaines classent les actions en actions *in personam* et actions *in rem.* Minor range dans la première catégorie toutes les actions dont le but est d'imposer une responsabilité ou une obligation à la personne du défendeur ; il entend au contraire par action *in rem* l'action qui concerne la propriété du défendeur ou toute autre chose pourvue qu'elle soit située dans le ressort territorial de la juridiction saisie (1). Des conséquences importantes découlent quant à la valeur extra-territoriale des jugements de la distinction entre deux modes de procédure du fait que leur exercice régulier est subordonné au respect du quatorzième amendement de la Constitution (2) qui prévoit qu'en aucun cas on ne peut porter atteinte

(1) Voir à ce sujet et pour les développements qui suivent : Minor, *op. cit.*, p. f85, § 85.

(2) Section 1, § 2.

aux privilèges et immunités d'un citoyen des Etats-Unis ni priver qui que ce soit de vie, liberté ou propreté, *si ce n'est par une procédure régulière*, ou *due process*. La question revient à déterminer quand il y a eu *due process* ; or ce qui est exigé par la clause constitutionnelle telle qu'on l'a interprétée dans la jurisprudence américaine, diffère suivant la nature de l'action. S'agissant d'une action *in personam*, le jugement rendu dans ces conditions ne sera exécutoire que si le défendeur a été personnellement désigné dans les limites territoriales de l'Etat ou siège la juridiction dont il émane ou s'il a comparu spontanément et accepté la compétence du tribunal. L'assignation lancée dans un autre Etat ou la notification dans cet Etat qu'une poursuite a été intentée dans un autre ne produisent aucune obligation de droit.

Au contraire, s'il s'agit d'une action *in rem*, il suffit pour qu'il y ait *due process*, que la *res* soit située tout entière dans le ressort territorial du tribunal saisi et qu'une publicité quelconque, par exemple par voie de la presse, ait été donnée à la procédure engagée.

Sinon, il n'y a pas *due process* et la Cour dont émane le jugement doit être considérée comme incompétente et sa décision absolument nulle, tant dans l'Etat où elle siège que partout ailleurs.

Or quelle est la nature juridique de l'action en divorce ? Est-ce une action *in rem* ? Est-ce une action *in personam* ? Les divergences qui existent à cet égard envers les Etats influent directement sur la reconnaissance des jugements de cette nature. Pour certains, c'est une action *in rem*, la *res* étant constituée par le statut des deux époux pris dans une acception matérialisée, partant matériellement située dans l'espace (1) ; on y suit donc la procédure *in rem* ; d'où cette conséquence qu'un jugement de divorce rendu dans un de ces Etats devrait être sans valeur dans un Etat, qui, s'attachant davantage à l'élément personnel fait de l'action en divorce une action *in personam* et exige par exemple

(1) Philonenko, note sous arrêts précités, *Cl.*, 1929, p. 468.

l'assignation à la personne du défendeur dans les limites du ressort territorial du tribunal qui a eu à connaître de l'affaire.

Supposons maintenant que la femme ait acquis un domicile séparé. La question se complique. Il va falloir déterminer dans quelles conditions un jugement prononcé dans l'Etat où l'un des époux a son domicile pourra être rendu exécutoire dans les autres Etats et notamment dans celui ou l'autre époux est domicilié. Ce sont là autant de difficultés à résoudre.

La Cour Suprême des Etats-Unis a bien apporté à cet égard une certaine uniformisation ; elle a décidé par interprétation de l'article IV de la Constitution fédérale, que certains jugements devaient être obligatoirement reconnus par tous les Etats de l'Union. Mais les principes qu'elle a établis en matière de reconnaissance des jugements ne s'appliquent qu'aux jugements prononcés dans un des Etats de l'Union et qu'à certains d'entre eux. La reconnaissance des jugements internes qui n'impliquent pas reconnaissance obligatoire et des jugements étrangers est du domaine de la « Comity », chaque Etat demeurant seul juge des conditions dans lesquelles doit s'exercer cette « Comity ».

Quel est le domaine de la reconnaissance obligatoire, et quel est celui de la « Comity » ? C'est ce que nous allons maintenant préciser.

1° *Jugements comportant reconnaissance obligatoire.* — L'article IV alinéa I de la Constitution fédérale dispose que « dans chaque Etat, pleine foi et crédit seront donnés aux actes publics, registres et procédures judiciaires de tous les autres Etats ». Autrement dit, si un jugement rendu dans un Etat est compris dans la clause de pleine foi et crédit, cet article exige que les autres Etats donnent au jugement la force et l'effet auxquels il a droit dans l'Etat où il a été rendu. Ce texte a une portée très générale, il s'applique à de multiples hypothèses et notamment aux jugements rendus en matière de divorce et de séparation de corps. Mais il est vague et il a fallu que la Cour Suprême précisât quels jugements doivent obligatoirement être reconnus par tous les Etats de l'Union. L'analyse de sa jurisprudence permet de dégager à cet égard les principes suivants.

Une solution est certaine : c'est que, si le mari et la femme sont domiciliés dans un Etat, les tribunaux de cet Etat sont compétents pour prononcer entre eux le divorce et la décision ainsi rendue sera en vertu de la clause constitutionnelle valable dans tous les Etats de l'Union quel qu'ait été le mode suivi pour faire porter la procédure à la connaissance du défendeur (1). A l'inverse ne peut bénéficier de la *full faith and credit clause* le jugement qui a été prononcé dans un Etat où ni le mari ni la femme n'étaient domiciliés (2). Ce n'est pas qu'il soit interdit aux Etats de reconnaître un tel jugement ; ils le peuvent par courtoisie, ainsi que nous l'exposerons plus loin.

Reste enfin l'hypothèse dans laquelle les époux n'ont plus un domicile commun. La Cour Suprême, appelée à préciser la portée extraterritoriale d'un jugement prononcé *ex parte* a adopté comme critérium de reconnaissance le dernier domicile commun, c'est-à-dire le lieu où les époux habitaient ensemble quand les causes de divorce retenues dans la décision de justice s'est produite. Il faut alors sous-distinguer :

a) Le divorce a été prononcé, soit à la requête du mari, soit à la requête de la femme, par le tribunal du dernier domicile matrimonial et la Cour Suprême décide que le jugement ainsi rendu doit être reconnu dans tous les Etats de l'Union, en vertu de l'article IV. Cette jurisprudence a été établie par deux arrêts de principe rendus respectivement en 1901 dans l'affaire *Atherton*, en 1912 dans l'affaire *Thompson*. Dans la première espèce, les époux étaient domiciliés au Kentucky ; la femme abandonne son mari, se fixe à New-York où elle obtient le divorce en sa faveur. Le mari fait de son côté prononcer le divorce contre sa femme au Kentucky pour abandon du domicile conjugal, chacun des époux se trouve ainsi avoir obtenu un jugement en sa faveur. La Cour Suprême jugea que seul le jugement prononcé

(1) Minor, *op. cit.*, p. 195. — *Cheever c. Wilson*, rapporté par *Wallocels Reports. U. S. Suprême Court*, t. 9, p. 108, cité dans la *Revue*, 1909, p. 331.

(2) *Bell c. Bell*, 1900, rapporté dans le tome 181 des *Recueils des Arrêts de a Cour Suprême des Etats-Unis*, p. 175 (en abréviation : 1900.181. U. S. 175). — *Streitwolf c. Streitwolf*, 1900.181. U. S. 179. — *Andrews c. Andrews*, 1902. 188. U. S. 14. — Conf. Minor, *op. cit.*, p. 182, § 84 et p. 197, § 90.

au dernier domicile matrimonial avait droit à la protection de l'article IV (1). La Cour affirma sa doctrine dans l'affaire *Thompson*, en matière de séparation de corps. La femme abandonne le domicile matrimonial qui était fixé en Virginie et se fixe dans le district de Colombie. La séparation de corps est prononcée en Virginie à la requête du mari et à son profit. Ce jugement est méconnu en Colombie, qui, saisie par la femme d'un action en *séparate maintenance*, c'est-à-dire d'une demande de pension alimentaire, donne gain de cause à la demanderesse contre son époux. La Cour Suprême saisie de l'affaire décida que « pleine foi et crédit » devaient être accordés au jugement prononcé en Virginie, lieu du dernier domicile commun, même sur simple affichage de l'assignation (2).

b) Le divorce ou la séparation de corps a été prononcé par un tribunal autre que celui du dernier domicile matriminial. La reconnaissance du jugement dépend d'une question de procédure : la Cour Suprême s'attachant à l'élément personnel que contient l'action en divorce prend un nouveau critérium. Ou bien la procédure a été signifiée à personne au défendeur dans l'étendue du ressort territorial de la Cour, ou encore le défendeur a comparu spontanément et l'article IV s'applique. Ou bien il n'en a pas été ainsi et la reconnaissance du jugement rendu n'a aucun caractère obligatoire. Tels sont les principes établis par la Cour Suprême dans l'affaire *Haddock* ; elle décida que les tribunaux du domicile du défendeur — en l'espèce, l'Etat de New-York — n'étaient pas forcés d'accorder pleine foi et crédit au jugement de divorce prononcé dans le *Connecticut*, où le demandeur était domicilié.

Il peut arriver, par conséquent, que des époux soient divorcés dans l'Etat du Connecticut et non dans l'Etat de New-York, que le mari puisse contracter au Connecticut un second mariage qui sera sans valeur dans l'Etat de NeW-York. Cet exemple montre que le système de la loi du domicile n'est pas exempt de

(1) *Atherton c. Atherton*, 1901.181. *Cl.*, S. 155. — V. Kuhn, *op. cit.*, p. 243.
(2) *Thompson c. Thompson*, 1912.226. U. S. 551. — Huhn, *eod. loc.*, p. 243.

difficultés semblables à celles que présentent l'affaire Ferrari (1).

2° *Jugements susceptibles d'être reconnus en vertu de la « Comity ».* — Les jugements qui ne bénéficient pas de la protection légale pourront néanmoins être reconnus dans les Etats de l'Union *by way of Comity.* Il pourra en être ainsi dans deux hypothèses : ou bien le jugement émane bien d'un Etat de l'Union, mais il n'y a pas eu *due process* au sens de l'article IV et du quatorzième amendement combinés ; ou bien le jugement émane du tribunal d'un Etat étranger et chaque Etat conserve son entière liberté d'appréciation, la constitution n'apportant, dans ce cas, aucune restriction.

Tout dépend alors de la conception, adoptée dans l'Etat où la reconnaissance est sollicitée, sur la nature de l'action en divorce. Est-ce une action *in personam* comme dans l'Etat de New-York ? On y méconnaîtra le divorce prononcé *in rem* dans l'Etat de Minnesota, le demandeur étant domicilié et le défendeur ne comparaissant pas et une assignation ne lui ayant pas téé signifiée à personne dans l'étendue territoriale du ressort de la Cour (2). Mais on y déclarera exécutoire le jugement rendu entre parties qui simplement résidentes ont comparu personnellement ; ce qui montre que certains tribunaux américains sont moins stricts que les tribunaux anglais sur l'acquisition d'un domicile. Nous faisons par là allusion à l'affaire *Gould.* La Cour de New-York accepta en l'espèce de donner effets au jugement de divorce prononcé en France au profit du mari, bien que ce dernier eût conservé son domicile à New-York ; mais le débat avait été

(1) *Haddock c. Haddock,* 1906.201. U. S. 562. *Rev.,* 1909.526. — V. aussi Healy, *op. cit.,* p. 498. — Même solution dans *Perkin c. Perkin,* 1916, t. 225 des *Massachussets Reports,* p. 82. — Conformément à la procédure Haddock la Cour des Massachussets juge qu'elle n'est pas obligée en vertu de l'article IV d'accorder foi et crédit au jugement de divorce prononcé dans l'Etat de Géorgie sur la demande du mari, le dernier domicile matrimonial étant situé au Massachusset et l'assignation n'étant jamais parvenue à la femme. — Conférer encore : *Harding c. Harding,* 1905.198. U. S. 317, séparation de corps prononcée dans un Etat où le demandeur était domicilié, tandis qu'il y a eu comparution personnelle du défendeur.

(2) Minor, *op. cit.,* § 93, p. 204.

contradictoire et la Cour estima qu'en l'absence d'intention frauduleuse, il fallait reconnaître le jugement intervenu (1).

L'absence de fraude constitue d'ailleurs l'un des critères essentiels de la reconnaissance par « comity » ; ainsi jugé dans l'affaire *Gillepsie* ; en l'espèce, deux époux sont domiciliés dans un Etat de Connecticut ; le mari va s'établir au Dakota, où il obtient après publication par affichage le divorce en sa faveur. Le jugement ne jouit pas de la reconnaissance obligatoire. La Cour de Connecticut estima que le domicile du mari ayant été acquis, *bona fide*, au Dakota, il y avait lieu de reconnaître le jugement et de donner aux époux le statut d'époux divorcés (2).

Nous avons déjà signalé que la cause de divorce ou de séparation de corps importe peu ; ajoutons encore, plus spécialement en ce qui concerne les jugements étrangers que les tribunaux américains ne s'attachent pas davantage à la procédure suivie ; il n'est pas indispensable qu'elle ait eu un caractère judiciaire ; ainsi y a-t-il lieu de tenir pour valable le divorce intervenu *de plano*, sans aucune procédure conformément à la loi du Coran entre époux musulmans domiciliés en Turquie, pour cause d'abandon par la feme du domicile conjugal (3).

(1) *Gould c. Gould*, 1923.235. New-York, 14 et *Cl.*, 1929, p. 466. Pour les décisions rendues en France, voir *Rev.*, 1921, p. 220. — De même dans *Tiedermann c. Tiedermann*, 1919.225. New-York, 709.

(2) *Gillepsie c. Gillepsie*, Suprême Court of errors of Connecticut, déc. 1914. *Cl.*, 1916, p. 297.

(3) *Kapigian c. der Minassiam*, 1912.12. Massachusset 412, cité par Kuhn, *op. cit.*, p. 244.

CHAPITRE II

APPLICATION DU SYSTÈME DE LA LOI DU DOMICILE DANS CERTAINES LÉGISLATIONS DE L'EUROPE CONTINENTALE ET DE L'AMÉRIQUE LATINE

Malgré le développement considérable pris en Europe Continentale par le système du solution des conflits de lois basé sur la nationalité, deux Etats scandinaves, le Danemark et la Norvège sont restés fidèles à leur vieux système coutumier du lien domiciliaire ; ni l'un ni l'autre n'ont adhéré à la Convention de La Haye sur le divorce et la séparation de corps ; bien au contraire les travaux poursuivis aux conférences préliminaires furent une occasion pour les représentants de ces deux pays d'affirmer leur attachement à la loi du domicile. Ajoutons que, la législation soviétique fait également du domicile le critère du statut personnel.

La plupart des Etats de l'Amérique Latine se montrent partisans de la loi du domicile comme loi personnelle ; mais quelques Républiques restent fermement attachées à la loi nationale. Cette résistance a eu pour effet l'insertion dans le Code Bustamente d'une formule transactionnelle qui laisse chaque Etat libre de faire du domicile ou de la nationalité l'élément déterminateur du statut personnel.

Nous donnerons en deux sections un aperçu de ces diverses législations.

Section I.

Europe Continentale.

I. — *Danemark.*

Les règles du droit international privé danois n'ont fait l'objet d'aucune codification ; elles sont de droit coutumier. Il n'en est pas moins certain que le statut personnel est au Danemark régi par la loi du domicile et non par la loi nationale (1), le domicile étant entendu en jurisprudence comme étant le lieu où la personne a sa résidence fixe et stable. La femme suit en principe le domicile de son mari, mais elle peut, même si elle n'est pas séparée de corps acquérir dans certaines circonstances un domicile propre.

En matière de divorce et de séparation de corps, la compétence concurrente des tribunaux danois et des autorités administratives est en principe fondée sur la domiciliation des deux époux au Danemark. Toutefois même non domiciliés dans leur pays, les sujets danois peuvent porter devant leurs tribunaux nationaux leurs différends matrimoniaux.

La législation danoise sur le divorce est exclusivement applicable ; il faut donc et il suffit en principe qu'il existe une cause de divorce ou de séparation de corps admise par la loi du 30 juin 1922 sur la formation et la dissolution du mariage.

Notons cependant que les faits qui ont eu lieu pendant le séjour des époux dans un autre pays ne peuvent motiver au Danemark un divorce ou une séparation de corps que s'ils sont reconnus aussi comme causes de divorce ou de séparation de corps par la loi qui régissait alors leur statut personnel.

II. — *Norvège.*

En Norvège, c'est la loi du domicile et non la loi nationale qui régit le statut personnel ; c'est là une règle du droit cou-

(1) *Répertoire de D. I. P.*, t. 7, v° *Danemark*, n° 8.

tumier, qui, appliquée strictement en jurisprudence est quelque peu discutée en doctrine ; certains auteurs se déclarent en effet partisans du système de la loi nationale. Elle n'est consacrée expressément par aucun texte.

Le droit norvégien n'est pas territorial ; c'est dire que la loi norvégienne détermine le statut personnel de tous ceux qui sont domiciliés en Norvège, mais que par contre les tribunaux norvégiens apprécient l'état et la capacité des sujets norvégiens domiciliés à demeure à l'étranger, d'après la loi du lieu où ils ont établi leur domicile. Néanmoins leur statut personnel sera déterminé par la législation norvégienne si les tribunaux locaux refusant le renvoi se réfèrent à la loi nationale, donc aux lois norvégiennes. Cette exception n'est faite qu'en faveur des sujets norvégiens ; l'état et la capacité des ressortissants non norvégiens domiciliés ailleurs qu'en Norvège sont toujours appréciés suivant la loi de leur domicile.

En matière de divorce et de séparation de corps, les principes qui déterminent la compétence concurrente des autorités administratives et des tribunaux judiciaires (1) ont pour effet l'application exclusive de la législation norvégienne ; les tribunaux norvégiens ne connaissent que des demandes formées entre époux norvégiens ou étrangers domiciliés en Norvège ; la loi applicable est donc nécessairement la loi norvégienne. Les demandes formées par des Norvégiens ou des étrangers non domiciliés en Norvège se heurtent à une fin de non-recevoir absolue.

La détermination du domicile des époux relève de la *lex fori* ; le tribunal saisi apprécie souverainement si les époux sont ou non domiciliés en Norvège ; il n'existe pas à cet égard de règles précises. La domiciliation en Norvège résulte en jurisprudence de la réunion des deux éléments suivants : résidence-centre des affaires et *animus manendi*. Les époux peuvent avoir

(1) Loi du 31 mai 1918, § 41 et s. Le divorce peut être prononcé par voie administrative (Overövrighed) sur autorisation du Roi, par consentement mutuel ou pour causes déterminées (§ 41 à 44) ; et par voie judiciaire pour causes déterminées (§ 45 à 53). Quelle que soit la procédure suivie, il faut que les parties soient domiciliées en Norvège.

plusieurs domiciles communs ; dans cette hypothèse, la prépondérance sera donnée, le cas échéant, au domicile norvégien et le tribunal se déclarera compétent.

Le droit norvégien admet, comme le droit américain, la dualité des domiciles dans le ménage ; il en sera ainsi quand la femme aura été abandonnée par son mari. La compétence judiciaire et *ipso facto* la loi applicable seront alors en matière de divorce et de séparation de corps déterminées par le dernier domicile commun ; aussi la femme abandonnée en Norvège pourra-telle valablement saisir les tribunaux d'une action en divorce dont le bien-fondé sera examiné eu égard à la législation norvégienne.

En principe il suffit que la cause alléguée soit admise par le droit norvégien ; cependant — et c'est là une analogie avec le système adopté dans la Convention de La Haye — pour assurer l'efficacité internationale de leurs décisions, les tribunaux norvégiens exigent que le fait qui base la demande soit aussi un motif de divorce d'après la législation du lieu où les parties étaient domiciliées quand ce fait s'est produit (1).

III. — *U. R. S. S.*

Le divorce soviétique diffère profondément du divorce tel qu'il est réglementé à l'heure actuelle par la plupart des législations. L'un des traits essentiels du droit soviétique est l'extrême facilité de la dissolution du mariage. C'est l'une des branches du droit où les législateurs de l'U. R. S. S. ont tenu tout particulièrement à faire apparaître « l'action libératrice des décrets-et Codes soviétiques » (2).

Déjà, le premier Code de la Famille, mis en vigueur par le décret du 27 septembre 1921 avait institué le divorce par consentement mutuel et le divorce sur la demande de l'un des époux, même non motivée. Ce code soumettait encore le divorce à une procédure judiciaire ; toutefois, au cas de divorce par con-

(1) Synnestvedt, *Le droit international privé de la Scandinavie*, p. 251.

(2) Goichbarg, *Code civil annoté*, cité par Stoupnitsky, *Etude sur le droit international privé soviétique. Rev.*, 1927, p. 449.

sentement mutuel, les époux pouvaient adresser leur demande soit au tribunal local, soit à l'organe d'enregistrement des actes de l'état civil (1).

Le deuxième Code de la Famille, promulgué par décret du 19 novembre 1926 et mis en vigueur à dater du 1er janvier 1927 a achevé l'évolution ; il marque, au point de vue communiste, un progrès considérable sur le précédent. Tout d'abord, il abolit le divorce judiciaire et donne, en la matière, compétence exclusive à la section des Transcriptions des Actes de l'Etat civil ; la rupture résulte, en dehors de toute forme, de la volonté réciproque des époux ou même du simple « désir » de l'un d'eux ; l'intervention du pouvoir civil est inutile. Ensuite le décret qui institue par ailleurs le mariage non enregistré crée corrélativement le divorce non enregistré ; la volonté individuelle est souveraine ; le mariage résulte de la décision prise par deux volontés de vivre en commun ; le même accord doit pouvoir, sans aucune intervention d'un fonctionnaire quelconque, mettre fin à l'état de fait que constitue le mariage. Il suit de là que l'enregistrement par l'organe créé à cet effet ne constitue plus qu'un simple moyen de preuve ; à défaut d'enregistrement, les époux peuvent faire constater judiciairement la dissolution de leur mariage (2). Mentionnons enfin que les textes sont muets sur la séparation de corps ; cette institution n'existe pas en droit soviétique.

Tels sont, sommairement exposés, les traits essentiels du divorce, en droit interne soviétique. La structure très particulière que présente cette institution ou plus généralement que présentent toutes les institutions ayant trait à l'organisation de la famille dans la législation soviétique explique le caractère spécial des règles de solutions des conflits de lois qui sont, à cet égard, appliquées en U. R. S. S.

(1) Art. 90, C. de la Famille de R. S. F. S. R. V. traduction Patouillet, t. I, p. 74.

(2) V. traduction Patouillet, t. III, p. 201. Art. 18 : « Le mariage peut prendre fin du vivant des conjoints, soit par le consentement mutuel des deux conjoints, soit par le désir unilatéral de l'un quelconque d'entre eux. » On a supprimé dans ce texte le mot *divorce*. Pour la législation soviétique sur le divorce, V. Pierre Chaplet, *La famille en Russie soviétique*, p. 215, publiée par la Bibliothèque de l'Institut de droit comparé de Lyon, t. 26.

Notons d'ailleurs que les textes du droit soviétique interne relatifs aux conflits de lois sont d'un nombre très restreint ; « le trait caractéristique du système de droit international privé soviétique et plus spécialement de la législation de la R. S. F. S. R., écrit M. Stoupnitzky, c'est le peu de textes législatifs consacrés à la solution des conflits de lois ». Quant à la jurisprudence, les arrêts des tribunaux soviétiques concernant le droit international privé sont peu nombreux ; d'ailleurs, étant donné la procédure purement administrative et non obligatoire que constitue le prononcé du divorce, la jurisprudence n'est en cette matière d'aucun secours, elle ne peut en aucune façon aider à préciser le droit applicable au divorce. En réalité, c'est bien plus dans les tendances générales de la législation interne de l'U. R. S. S. qu'il faut rechercher les principes fondamentaux des règles soviétiques sur les conflits de lois.

Or l'économie générale du droit de l'U. R. S. S. n'offre aucun trait commun avec le droit des autres pays. Les représentants les plus qualifiés de la doctrine communiste présentent l'Etat soviétique comme un instrument de lutte du prolétariat contre la bourgeoisie. Pour eux cet Etat est avant tout un Etat élu qui en comparaison des autres est très avancé dans les voies de la réalisation de l'idéal du bien social. Aussi n'existe-t-il aucune communauté juridique entre l'U. R. S. S. et les autres pays. Il suit de là qu'il n'y a pas place dans le système de droit international privé soviétique pour l'importation de la loi étrangère, qui, dans la plupart des domaines, sera considérée comme contraire à l'idéal soviétique. Il en est ainsi notamment dans le droit de la famille où aux regards de la doctrine communiste, les lois étrangères conduisent « à l'exploitation de l'homme par l'homme ». Il importe bien au contraire d'assurer au droit soviétique une application aussi vaste que possible et ce but ne peut être réalisé que par la compétence exclusive des lois soviétiques à l'intérieur de l'U. R. S. S. ; corrélativement il faut assurer l'expansion des principes communistes au dehors en soumettant les ressortissants de l'U. R. S. S. séjournant à l'étranger aux Codes soviétiques.

Aussi M. Makarov est-il amené à conclure que les tendances principales du droit international privé soviétique sont : l'application du droit soviétique aux étrangers dans les limites de l'U. R. S. S. d'après le principe » territorial », et l'application du droit soviétique aux ressortissants soviétiques hors des limites de l'U. R. S. S. d'après le principe « national ».

Ces conclusions se vérifient entièrement en ce qui concerne le divorce. Aucun texte législatif précise le droit applicable, mais il est très certain — la doctrine est unanime en ce sens — que le divorce entre étrangers sur le territoire de l'U. R. S. S. est régi par la loi soviétique. Est compétente pour l'enregistrement la Section des Transcriptions des Actes de l'Etat civil du lieu où l'un des époux au moins à son domicile (1). Le lien national ne joue aucun rôle. En la matière, la *lex fori* est d'ordre public ; l'application d'une loi étrangère quelconque, nécessairement plus restrictive que la loi soviétique ne saurait en aucune façon être tolérée. Le domicile emporte *de plano* compétence législative des lois de l'U. R. S. S.

Quant aux divorces prononcés à l'étranger, que ce soit entre ressortissants de l' U.R. S. S., ou entre citoyens étrangers, ils seront très certainement reconnus en U. R. S. S., la loi se montrant partout plus exigeante que la législation soviétique, en ce sens qu'elle impose presque toujours une procédure judiciaire et une cause de divorce ; l'application par un tribunal étranger d'une loi étrangère quelconque sur le divorce peut être considérée comme l'application cumulative du droit étranger et du droit soviétique : la volonté unilatérale de divorcer — cause suffisante de divorce en droit soviétique — est impliquée dans toute cause de divorce connue du droit étranger (2).

Théoriquement le divorce des ressortissants soviétiques est soumis au droit soviétique : c'est l'application du principe national. Mais comme la législation de l'U. R. S. S. relative au divorce risquerait d'être écartée, parce que contraire à l'ordre public du

(1) § 138 Code de la R. S. F. S. R. — § 43 du supplément I au Code de l'Ukraine, art. 20 du supplément I au Code de la Russie Blanche.

(2) V. Makarov, *op. cit.*, p. 573.

pays où son bénéfice serait invoqué, les autorités soviétiques ont autorisé dès 1923 les représentants de l'U. R. S. S. en territoire à prononcer des divorces, conformément aux dispositions du Code de la Famille (1). Les divorces consulaires sont pleinement valables en U. R. S. S. (2).

Section II.

Amérique Latine.

A l'heure actuelle, la majorité des législations internes applicables dans les divers Etats de l'Amérique Latine soumettent l'état et la capacité des personnes à la loi du domicile. Nous devons ajouter cependant que quelques-unes déterminent le statut personnel par la nationalité et qu'un certain nombre de Républiques appliquent le principe territorial aux étrangers dans les limites de leur territoire et le principe national à leurs nationaux résidant à l'étranger (3).

Malgré les divergences de conceptions, l'Amérique Latine s'est engagée de bonne heure dans la voie d'unification du droit

(1) Circulaire n° 144 du Commissariat du Peuple à la Justice, V. *Cl.*, 1925, p. 570. Le texte général a été précisé par un décret du 4 janvier 1928 (*Rec. des lois de l'U. R. S. S.*, 1928, I, n° 5, § 44).

(2) Les divorces consulaires prononcés en Allemagne sont valables en Allemagne sous certaines conditions en vertu de la convention intervenue le 12 octobre 1925.

(3) Onze Etats de l'Amérique latine soumettent à la loi du domicile l'état et la capacité de leurs nationaux résidant à l'étranger et des étrangers résidant sur leur territoire ; ce sont : République Argentine, art. 6 et 7, Code civil ; Bolivie, Costa-Rica (V. Déclaration des délégués à la Havane dans Bustamente, *op. cit.*, p. 216), Guatémala, Honduras, Mexique (art. 12 du Code civil mis en vigueur le 30 août 1928 ; V. *Revue*, 1930, p. 374), Nicaragua, Panama, Paraguay, art. 6 et 7, C. civil, Pérou, arg. art. 15, C. com., 1158, C. P. C. ; Salvador. Trois Etats maintiennent le système de la loi nationale : Brésil, art. 8, C. civil et 17 du nouveau projet du Code brésilien ; Cuba, art. 9, C. civ. (V. de Bustamante, *Les principes fondamentaux du droit international privé dans la législation cubaine. Rev.*, 1932, p. 30 et s.) ; San-Domingue, § 3, alin. 3, C. civ. Six enfin ont un système mixte, leurs nationaux à l'étranger sont soumis à leur loi nationale ; les étrangers sont dans les limites de leur territoire soumis à la loi territoriale ; Chili, art. 14 et 15, C. civ. ; Colombie, art. 18 et 19, C. civil ; Equateur, V. Paredes, *Theorie general del derecho civil internacional Quito*, 1934, t. II, p. 76 ; Haïti, art. 7, C. civil ; Uruguay, art. 3 et 4, C. civ. ; Venezuela, art. 8 et 20, C. civ. V. *Rev.*, 1920, p. 243.

international privé ; mais le caractère irréductible de l'opposition entre Etats partisans de la loi du domicile et les autres fit longtemps obstacle à cette codification. Tour à tour les solutions qui furent proposées au Congrès de Lima en 1878 et à la Conférence de Montevideo de 1888-1889, furent rejetées, la première parce qu'elle consacrait purement et simplement le système de la loi nationale, la seconde parce qu'elle adoptait la loi du domicile (2).

Depuis, la codification du droit international privé a fait l'objet des travaux des six conférences panaméricaines dont les réunions s'échelonnèrent de 1890 à 1928 ; la bataille s'y poursuivit entre la nationalité et le domicile, chacun des Etats demeurant intransigeant sur le principe adopté par sa législation interne (1). La Commission des Jurisconsultes constituée à Rio de Janeiro en 1912 abandonna l'espoir d'aboutir à l'adoption d'un système uniforme et rechercha une solution transactionnelle. Successivement furent écartées la formule Varella trop favorable au domicile, puis la formule Bustamante comme faisant trop de concessions à la loi nationale. Convoquée à nouveau en 1927 à Rio de Janeiro, la Commission élabora un Code de 437 articles qui fut soumis à l'approbation de la sixième Conférence Panaméricaine qui se réunit à La Havane en 1928.

Le nouveau Code distingue trois sortes de lois, les lois d'ordre public interne ou lois personnelles qui suivent les personnes même quand elles changent de pays, les lois d'ordre public international, territoriales, qui obligent tous ceux qui sont domiciliés ou résident sur un territoire et les lois volontaires ou

(1) Art. 2 de la Convention de Lima. « L'état et la capacité juridique des personnes seront jugées par leur loi nationale même quand il s'agira d'actes exécutés ou de biens existants en d'autres pays. »

(2) Sur cet historique V. l'étude de BUSTAMANTE parue dans la *Revue*, 1928, p. 609 et s. — Sur le Code Bustamante en général, voir AUDINET, *Un projet de Code de droit international privé. Rev.*, 1927, p. 1 et s. — DE BUSTAMANTE, *Le Code de droit international privé et la sixième Conférence panaméricaine*, trad. GOULÉ, Sirey, 1929. — Octavio RODRIGO, *l'Amérique et la codification de droit international privé. Rev.*, 1930, p. 633. — YEPES, *La contribution de l'Amérique latine au développement du droit international public et privé. Recueil des Cours de La Haye*, 1930, t. II.

d'ordre privé qui sont du domaine de l'autonomie de la volonté (1).

Les lois qui régissent l'état et la capacité des personnes sont des lois personnelles ; mais quelle est la loi personnelle ? Est-ce la loi du domicile ? Est-ce la loi nationale ? Le Code ne se prononce pas. Dans le but évident d'obtenir l'adhésion des pays qui appliquent le système de la loi nationale, ses auteurs se sont départis de la solution adoptée antérieurement par le Congrès de Montevideo ; ils ont inséré dans un article 7 une formule transactionnelle entre la loi du domicile et la loi nationale destinée à régir l'état et la capacité des personnes. Cet article énonce que « chaque Etat contractant appliquera comme lois personnelles la loi du domicile ou la loi de la nationalité ou celles déjà adoptées ou qui seront adoptées par la législation interne ». Sans doute, ce texte ne marque pas un recul de la loi du domicile dans l'Amérique Latine ; mais on ne peut parler de progrès. En principe — nous verrons qu'il existe des réserves — chaque pays reste entièrement libre de faire de la nationalité ou du domicile l'élément déterminateur du statut personnel ; qualifiée d'habile par quelques-uns, cette disposition n'a pas été sans susciter des critiques assez vives.

Elle renferme, a-t-on dit tout d'abord, un accord qui n'en est pas un. M. Pontès de Miranda, représentant qualifié de la doctrine brésilienne s'est élevé avec vigueur contre la solution de l'article 7. « Dans le Code de La Havane, écrit-il, chaque Etat applique la loi personnelle qu'il adopte : envahissement antiscientifique, arbitraire de la *lex fori*... Jamais on n'a inséré dans un Code international une règle d'une telle inconséquence. Elle prouve que les nations américaines n'avaient pas le dessein de se soumettre à un traité international et que les affinités ethniques et les liens continentaux ne sont pas suffisants pour empêcher des déclarations de pessimisme si péremptoires. *Il y a là comme un accord sur le* statu quo *des divergences inconciliables* (2).

(1) Art. 3 du titre préliminaire. Règles générales.

(2) Pontès de Miranda, *La conception du droit international privé d'après la doctrine et la pratique au Brésil. Recueil des Cours de La Haye*, 1932, t. I, p. 563.

« L'auteur poursuit que cette solution est rétrograde de plus d'un demi-millénaire et qu'elle correspond aux principes du féodalisme du XVIIIe siècle ». Rapprochons de ces critiques cette spirituelle remarque d'un auteur français : « que ce prétendu accord consiste bien plutôt en ce que tout le monde est d'accord sur le point de savoir que personne n'est d'accord » (1).

Par ailleurs les représentants de certains Etats contractants, ont reproché à la formule de l'article 7 de ne pas aller assez loin dans la voie du domicile et de faire trop de concessions à la nationalité. Les délégués de la Colombie et de Costa-Rica ont été jusqu'à déclarer, non sans une certaine passion, que « cette transaction ne saurait être que transitoire, car l'unité juridique du continent doit être, faite autour de la loi du domicile, la seule qui sauvegarde effectivement la souveraineté et l'indépendance des peuples de l'Amérique » ; que « peuples d'immigration... ils ne peuvent pas envisager sans une grande inquiétude la prétention qu'ont les immigrants européens d'invoquer en Amérique leurs lois d'origine pour régler ici leur état civil et leur capacité pour contracter ; qu'admettre cette possibilité serait créer en Amérique un Etat dans l'Etat, donc nous placer presque *sous le régime des Capitulations* » (2).

Nous verrons par la suite ce qu'il faut penser de ce plaidoyer en faveur du domicile ; quoi qu'il en soit, il montre combien certaines Républiques de l'Amérique du Sud sont attachées au système du domicile. Il montre aussi que la formule de l'article 7 n'a pas donné satisfaction à tous.

Au reste, le Code ne laisse pas en tous les cas aux législations des Etats contractants la faculté de déterminer la loi applicable. Il en est ainsi notamment en matière de divorce et de séparation où le critérium imposé par le Code est la loi *du domicile conjugal*, qui, aux termes de l'article 24, est celui du mari et dont la détermination est, conformément à l'article 22, régie par la loi territoriale.

(1) M. Philonenko, *La théorie du renvoi*, *Cl.*, 1928, p. 327.

(2) Déclaration reproduite par de Magalhaès, *La doctrine du domicile en droit international privé. Rec. des Cours de La Haye*, t. III, 1928, p. 12 et s.

M. de Bustamante voit dans l'adoption de ce critère le seul moyen de respecter les diverses législations de l'Amérique Latine qui peuvent être réparties, en ce qui concerne le divorce, en deux groupes : sept d'entre elles le prohibent, treize l'admettent dans une mesure plus ou moins large (1). Il faut, dit-il, « laisser chaque législation s'appliquer suivant les fluctuations de l'opinion publique et les nécessités de la vie de famille... en conséquence, quand un pays est partisan de l'indissolubilité du mariage, aucun étranger ne peut y demander le divorce ; la règle est d'ordre public international. Mais quand un pays admet que le mariage *doit* être dissous, il y a une raison morale aussi puissante que celle du système contraire : nul ne peut imposer à aucun pays sur son territoire l'indissolubilité » (2). Il en arrive ainsi à faire de la faculté, comme de l'interdiction de divorcer, une règle d'ordre public international ; et c'est une conception que nous avons déjà vivement critiquée.

En fait, le système du Code Bustamente est territorial ; en effet, si l'article 52 énonce que le droit à la séparation de corps ou au divorce est régi par la loi du domicile conjugal », l'article 54 précise que « les causes du divorce ou de séparation de corps sont soumises à la loi du lieu de la demande dès l'instant où les époux y sont domiciliés.» En outre aux termes de l'article 318, la compétence des tribunaux est en matière civile fondée sur la domiciliation des parties dans le ressort territorial de la juridiction saisie. Il suit de là qu'en matière de divorce, chaque Etat appliquera sa législation propre, sans se soucier des dispositions con-

(1) Prohibent le divorce : République Argentine, art. 64, l. 1er déc. 1889 Bolivie, art. 142, C. civ. ; Brésil, art. 315, l. 1er janvier 1916 ; Chili, art. 168, C. civ. et 19, l. 10 janvier 1884 ; Colombie, art. 153, C. civ. ; Paraguay, art. 64, l. 12 déc. 1898 ; Pérou, art. 191, C. civ. — Admettent le divorce : Costa-Rica, art. 80, C. civ. ; Cuba, art. 1er, l. 29 juillet 1918 ; Saint-Domingue, l. 1er juillet 1899 ; Equateur, art. 41, mis en vigueur le 1er janvier 1903 ; Guatémala, l. 12 février 1894 ; Haïti, art. 215, et s., C. civ. ; Honduras, art. 640, C. civ. ; Mexique, C. civ. art. 76 ; Nicaragua, art. I. 160, C. civ. ; Panama, art. 114, C. civ. ; Salvador, art. 144, C. civ. ; Uruguay, art. 187, C. civ. ; Venezuela, art. 188, C. civ.

(2) DE BUSTAMANTE, *Le Code de droit international privé et la sixième Conférence panaméricaine.* Trad. Goulé, p. 28.

tenues dans la législation de l'Etat auquel les époux appartiennent par la nationalité.

Pour obtenir l'adhésion des pays qui, comme le Brésil, n'admettent que le *desquite* ou divorce sans rupture du lien conjugal, les auteurs du Code ont tempéré les règles précédentes d'une part en décidant *in fine* dans l'article 52 que le droit à divorce ou séparation de corps ne peut être fondé sur des causes antérieures à l'établissement du domicile matrimonial dans le pays où il est invoqué, d'autre part en prévoyant dans l'article 53 que chaque Etat contractant a le droit d'autoriser ou de reconnaître ou non le divorce ou le nouveau mariage. « Par application de ce dernier texte, les autorités brésiliennes, par exemple, pourront refuser de tenir pour valable un jugement uruguéen prononçant le divorce entre sujets brésiliens domiciliés dans l'Uruguay. Cette brèche au système est, constatons-le, loin d'assurer une efficacité internationale totale aux jugements de divorce qui seront rendus dans les divers Etats contractants. Au surplus, cette concession faite aux pays où la dissolubilité du mariage n'est pas admise, a été jugée insuffisante par la délégation brésilienne qui a refusé de donner son approbation aux articles 52 et 54.

Le Code de La Have n'en a pas moins été ratifié et promulguée par les Etats hostiles au divorce ; mais les dispositions qui vont à l'encontre du principe de l'indissolubilité du mariage n'y sont point observées (1).

La matière de divorce ne fait donc pas l'objet dans l'Amérique Latine de solutions uniformes ; le prononcé et la reconnaissance des jugements de divorce donnent encore lieu à des conflits.

(1) Notamment au Brésil, V. Pontès de Miranda, *op. cit.*, p. 632. Quatorze Etats ont ratifié le Code Bustamante et l'ont incorporé dans leur législation ; ce sont dans l'ordre chronologique : Cuba, Panama, Saint-Domingue, Brésil, Pérou, Guatémala, Haïti, Costa-Rica, Nicaragua, Honduras, Chili, Salvador, Vénézuela, Bolivie (*Rev.*, 1932, p. 399).

CONCLUSION

Appréciation critique des deux systèmes

Au début de ce siècle, le système de la loi nationale semblait définitivement établi dans la plupart des pays de l'Europe continentale, notamment en France. Manifestation directe sur le terrain du droit privé du phénomène de l'éveil des nationalités déclanché par la Révolution française en 1789, ce système avait acquis progressivement un développement considérable. Implanté non seulement en matière d'état et de capacité des personnes, mais encore dans un grand nombre d'autres matières, il a été adopté, sous l'influence conjuguée du Code civil français et de l'école italienne, par les pays qui ont eu, dans la deuxième moitié du XIX^e^ siècle, soit à se doter d'une législation nouvelle, soit à remanier ou à codifier une législation déjà en vigueur (1).

En outre, il a dominé, sans conteste, les congrès scientifiques internationaux qui se sont réunis dans la même période en vue d'établir des règles communes de conflits de lois soit dans l'Amérique Latine, soit en Europe continentale. Il suffit de rappeler que sur les six conventions auxquelles ont abouti les sessions tenues à La Haye depuis 1893, cinq ont donné la prééminence à la loi nationale sur la loi du domicile, notamment la Convention du 12 juin 1902, sur le divorce et la séparation de corps.

Enfin, bien que ralenti par la grande guerre, le mouvement

(1) Notamment : Grèce, l. 29 octobre 1856, art. 4 ; Saxe, Code du 2 janvier 1853 ; Roumanie, Code de 1864 ; Italie, Code civil de 1865, art. 6 à 13 ; Portugal, Code de 1868 ; Hongrie, lois sur le change, 1875, sur la tutelle, 1877, sur le mariage, 1897 ; Egypte, Code mixte de 1875 ; Espagne, Code civil de 1889 ; Allemagne, Code civil 1900.

de ralliement à la loi nationale s'est néanmoins poursuivi ; la plupart des Etats européens constitués ou reconstitués à la suite des événements que l'on sait, ont en effet adopté la loi nationale comme critérium de solution des conflits de droit privé (1).

Cependant, depuis quelques années, un mouvement se dessine en doctrine comme en législation, qui tend à substituer au système actuellement admis le système de la loi du domicile. Dans le domaine international, cet état d'esprit apparaît dans les Conventions qui constituent les résultats positifs des travaux récemment poursuivis à La Haye (2) et à Genève (3) ; il se révèle encore dans le Code Bustamante.

En France, c'est plus particulièrement après la dénonciation des Conventions de La Haye qu'on a commencé à discuter le principe de la nationalité. Mais c'est surtout depuis la guerre qu'une partie de la doctrine française s'est déclarée favorable à l'adoption de la loi du domicile comme loi de statut personnel (4). Ce mouvement doctrinal ne s'est pas encore traduit en droit positif français ; mais il s'est manifesté récemment dans le projet de la Société des Etudes législatives dont nous avons fait l'analyse dans la mesure où il concerne le divorce et la séparation de corps. A vrai dire, ce projet ne fait que des applications partielles du système : il soumet à la loi du domicile la capacité générale des étrangers en France, la condition des enfants mineurs étrangers et les effets au mariage sur les biens. Mais, en matière de divorce et de séparation de corps, s'il maintient

(1) Notamment la Pologne, l. 2 août 1926 ; la Tchécoslovaquie, v. *Répert. D. I. P., eod. loc.*, l. 7, nos 118, 127 et s. ; la Finlande.

(2) Session de 1928, extension du domicile à l'apatridie, la polypatridie, etc.

(3) Arrangement relatif aux réfugiés russes et arméniens du 28-30 juin 1928. *Rev.*, 1928, p. 694.

(4) Citons notamment : C. Jordan, *op. cit.*, 1922-1923, p. 672. — Lerebours-Pigeonnière, *op. cit., Cl.*, 1924, p. 388 et Précis. — Batiffol, *La capacité civile des étrangers en France.* Th. Paris, 1929 et de la Morandière, dans la préface de cet ouvrage. — Levasseur, *La détermination du domicile en droit international privé.* Th. Paris, 1931. — Niboyet, *op. cit. Rev.*, 1929, p. 208. — Champcommunal, *op. cit. Rev.*, 1929, p. 1 et s. — Cassin, *op. cit. Rev. Cours de La Haye*, 1930, t. IV, p. 660. — Lévy-Ullmann, *Cours de droit comparé sur la part de la doctrine et la jurisprudence dans le droit anglais contemporain.* Faculté de droit de Paris, 1930-1931.

la compétence de la loi nationale quand les époux sont étrangers, il propose au contraire, quand l'un d'eux est français, une solution ultra-nationale que nous avons par ailleurs déjà vivement combattue ; la loi française doit être appliquée alors même que les époux ne sont pas domiciliés en France.

Quoi qu'il en soit, ce projet n'est dans l'esprit de ses auteurs qu'un premier pas fait dans la voie d'une réforme plus générale et certains d'entre eux se prononcent nettement pour la compétence de la loi du domicile, spécialement dans la matière qui nous intéresse (1).

Nous nous proposons donc d'analyser les arguments que l'on invoque pour justifier la substitution de la loi du domicile à la loi nationale en tant qu'élément déterminateur du statut personnel. Cet examen dépasse sans doute quelque peu les cadres de notre travail ; mais le problème a un caractère général et embrasse toutes les matières dont l'ensemble constitue l'état et la capacité des personnes. Cependant nous indiquerons, le cas échéant, les conséquences qu'entraînerait la réforme envisagée en ce qui concerne le divorce et la séparation de corps.

Les partisans de la loi du domicile font valoir en faveur de leur système deux sortes d'arguments, les uns classiques, qui ont toujours constitué la base de la controverse nationalité-domicile, les autres nouveaux, tirés des événements qui ont modifié ces dernières années la vie des peuples de l'Europe continentale.

On a, en premier lieu invoqué les données de l'histoire pour justifier l'extension proposée du rôle des domiciles dans les conflits de lois, ou plus exactement le *retour à la loi du domicile.* Pendant des siècles, écrit M. Cassin, la règle d'état et de capacité des personnes a été empruntée à la loi du domicile actuel, à laquelle les glossateurs puis les statutaires octroyèrent la plus large compétence.

Etayant leur thèse sur des considérations tirées des conve-

(1) Cassin, *op. cit.*, nos 792-793.

nances individuelles, familiales et sociales, les partisans du domicile exposent que le domicile doit être considéré comme le lien de rattachement principal, puisqu'il naît d'un acte de volonté conscient et réfléchi, qu'il repose sur un fait naturel, permanent, qu'il constitue le point d'attache juridique de la personne. En définitive, tant pour la personne que pour son entourage, il vaut mieux, dit-on, qu'elle soit régie par la loi du milieu ou elle vit. « Je donne la préférence à la loi de la résidence habituelle, écrit M. Lerebours-Pigeonnière, parce qu'aucune n'est mieux placée pour remplir la fonction de protection, aucune n'est aussi commode à suivre, ni mieux adaptée aux besoins et aux tendances de la personne (1).

La doctrine du domicile se place enfin au point de vue de la souveraineté des Ftats. Chaque Etat, doit être maître chez lui ; il serait intolérable que l'application d'une loi étrangère puisse être consentie sur son territoire ; l'admettre constituerait une atteinte à sa souveraineté. La loi ne peut avoir plus d'autorité que le souverain dont elle émane et sa portée ne peut s'étendre qu'au territoire de ce souverain, mais elle doit alors s'appliquer pleinement, c'est-à-dire à tous ceux qui séjournent à l'intérieur des frontières.

Outre ces arguments classiques, on fait valoir en faveur de la loi du domicile des arguments nouveaux ; sans doute, certains d'entre eux ont été invoqués dès avant 1914. Mais les événements, survenus depuis, leur ont donné un poids qu'ils n'avaient pas auparavant.

Les uns sont d'ordre général, tirés des modifications profondes qui sont survenues, depuis quelques années, dans la vie juridique des peuples.

Trois phénomènes nouveaux contribuent à orienter la solution des conflits de lois vers la loi du domicile (2).

L'unité de nationalité de la famille est en voie de disparition ;

(1) Lerebours-Pigeonière, *op. cit. Cl.*, 1924, p. 889. — En ce sens : Cassin, *op. cit.*, p. 740. — Rodrigo Octavio, *op. cit., Rev.*, 1930, p. 650,

(2) Cassin, *op. cit.*, p. 752.

la femme n'acquiert plus nécessairement comme autrefois la nationalité du mari ; les changements de statut national au cours du mariage sont considérablement facilités (1). Il importe donc, pour régler convenablement les rapports personnels entre époux, de les soumettre à un principe unitaire nouveau, commun aux deux époux : seule la loi du domicile matrimonial remplit toutes ces conditions (2).

On prétend encore que le développement considérable du commerce international doit s'accompagner d'une extension de la compétence donnée à la loi du domicile. « Le domicile commercial, écrit M. Cassin, voilà l'élément qui importe seul dès qu'il s'agit de rapports entre hommes d'affaires » (3).

Enfin, abandonnant totalement le domaine des réalités, ceux qui voient dans le domicile seul le critère acceptable de solution des conflits de lois, n'hésitent pas à faire état de la création de la Société des Nations (4), d'un projet d'Union européenne, œuvre d'hommes politiques, comportant l'établissement entre les Etats d'un lien fédéral, analogue à celui qui existe déjà entre les Etats-Unis d'Amérique. Cet état de fédéralisme ne peut, assure-t-on, qu'entraîner un affaiblissement des souverainetés nationales et du concept de nationalité et corrélativement le développement de la loi du domicile comme méthode de solution des conflits de lois. Ce troisième phénomène ne peut qu'inciter les législateurs à donner au domicile le rôle qu'il sera, par la force des choses appelé à jouer en droit international privé.

Restent enfin des arguments nouveaux, mais d'ordre particulier en ce sens qu'ils jouent seulement dans certains pays : ils ont trait essentiellement aux phénomènes d'immigration et d'apatridie. Le premier d'entre eux n'est pas absolument neuf ; il a

(1) V. à cet égard, *supra*, titre III, chap. I, p. 226 et s.

(2) Cassin, *op. cit.*, p. 757. — de Magalhaès, *op. cit.*, *Rec. des Cours de La Haye*, 1928, t. III, p. 63.

(3) *Op. cit.*, p. 761.

(4) W. Simons, *op. cit.*, *Rec. des Cours de La Haye*, 1926, t. V, p. 525. « Avec une confiance grandissante dans l'esprit fédéral de la Société des nations, je prévois un mouvement rétrograde de la loi nationale comme statut personnel, un retour au principe du domicile. » — Cassin, *op. cit.*, p. 762.

déjà été invoqué en Amérique pour justifier au XIX^e siècle l'application aux immigrants de la loi du domicile. Mais la guerre a sinon provoqué, du moins accentué en Europe des déplacements de populations tels que la loi du domicile est apparue à beaucoup comme un instrument de défense sociale, destiné dans les pays d'immigration, et par conséquent en France, à assimiler les éléments étrangers qui viennent se fixer sur un territoire donné. On pare de cette façon à un renouveau du système des Capitulations, on évite la gêne qu'entraîne l'application de lois étrangères mal connues et même le danger que constitue pour l'Etat la formation sur son territoire de groupes cohérents d'immigrants (1).

L'autre argument est tiré de la multiplication des cas d'apatridie ; les mesures de dénationalisation prises au cours de la dernière guerre ont considérablement accru le nombre des apatrides ; le système de la loi nationale laisse sans statut juridique de pareils individus. Seules doivent leur être appliquées les lois du territoire où ils ont fixé leur domicile.

Tels sont, brièvement exposés, les divers arguments présentés par un certain nombre d'auteurs en faveur de la loi du domicile. Sont-ils bien convaincants ? Nous ne le pensons pas ; aucun d'entre eux ne nous apparaît sans réplique.

Nous n'insisterons pas sur l'argument historique ; rappelons simplement qu'à la fin de l'Ancien Droit se dessinait déjà la théorie du domicile d'origine, préoccupés d'assurer au statut personnel une certaine permanence, un groupe d'auteurs confiaient ce rôle tantôt à la coutume du pays de naissance, tantôt à la coutume du domicile des parents au jour de la naissance ; c'est là incontestablement une conception très proche du système de nationalité que devaient consacrer les Codes du XIX^e siècle.

(1) Cassin, *op. cit.*, p. 744. — Niboyet, *Manuel*, 2^e édit., p. 703 ; *op. cit.*, *Rev.*, 1929, p. 193 et 203. — Jordan, *op. cit.*, *Rev.*, 1922-1923, p. 672 et s. ; cet auteur insiste sur ce fait que l'adoption de la loi du domicile serait particulièrement conforme aux besoins actuels de la France. — Battifol, *op. cit.*, p. 304-305 . — Rodrigo Octavio, *op. cit.*, *Rev.*, 1930, p. 651 et s.

Au surplus, même abstraction faite de cette tendance des dernières années de l'Ancien Droit, l'argument traditionnel ne doit pas empêcher le droit d'évoluer. Il s'agit avant tout, ayant à choisir entre deux systèmes, de savoir lequel des deux est le meilleur et doit en définitive être adopté (1).

La loi du domicile est-elle mieux placée que la loi nationale pour assurer la protection de l'individu ? Voilà qui n'est rien moins que certain. En effet, la circonstance que l'étranger domicilié de longue date ne se fait pas naturaliser indique qu'il préfère les institutions de son pays d'origine ; les individus qui conservent malgré leur établissement sur un sol étranger leur ancienne nationalité laissent entendre par là qu'ils donnent une certaine valeur au fait de continuer ces relations et qu'ils se sentent malgré tout liés davantage à l'ancien pays qu'au nouveau, dont rien ne les empêche en règle générale d'acquérir la nationalité (2).

En outre il n'est pas certain que la fixation en un lieu déterminé soit un acte de volonté conscient et réfléchi ; elle peut être le résultat des nécessités ; elle peut même être contraire aux aspirations des individus (3). On peut penser avec juste raison qu'il ne peut y avoir psychologiquement une subordination au droit du domicile tant que subsiste le lien de l'ancienne nationalité : le lien de nationalité, c'est-à-dire de patrie est plus étroit que le lien domiciliaire.

Quant à l'argument tiré de la souveraineté, il peut se retourner contre la théorie du domicile. Ce serait, ne manque-t-on de répondre, violer la souveraineté des autres Etats que de prétendre imposer aux personnes qui en dépendent des lois qui n'ont pas été faites pour elles. D'ailleurs, ajoute-t-on, la nationalité n'est pas seulement un rattachement politique. Les lois nationales sont les mieux appropriées aux besoins et aux intérêts de la personne. L'Etat doit exercer également dans l'ordre du droit privé à l'égard des individus et des familles dont il se

(1) Frankenstein, *op. cit.*, *Rec. Cours de La Haye*, 1930, t. III, p. 278.
(2) Frankenstein, *op. cit.*, *Rec. des Cours de La Haye*, 1930, III, p. 285.
(3) Crémieu, *Rev.*, 1932, p. 345.

compose sa mission d'organisation et de protection (1), et ce en tous lieux, il est seul qualifié pour exercer le devoir et on ne doit pas entraver son action.

Les arguments nouveaux ne sont pas moins irréfutables. On prétend que le domicile est un principe unitaire et que donner compétence à la loi du domicile s'impose d'autant plus à l'heure actuelle que les époux sont plus souvent qu'autrefois de nationalités différentes. Cependant, si le droit anglais assigne à la femme, même séparée de corps le domicile de son mari, par contre le droit allemand autorise dans certains cas la femme mariée à avoir un domicile distinct de celui de son mari, la femme américaine peut à son gré se créer un domicile séparé. Enfin, la plupart des législations, notamment la législation française, permettent à la femme séparée de corps d'avoir un domicile propre. On ne peut guère soutenir dans ces conditions, que le domicile constitue plus que la nationalité un principe unitaire.

Quant à l'argument tiré de développement du commerce international, il intéresse surtout la capacité. Reste à savoir comment on doit déterminer le domicile commercial, s'il doit s'entendre en ce sens que la capacité de l'homme d'affaires doit être déterminée d'après la loi de son principal établissement ? A supposer qu'un Allemand établi en Italie fait des affaires en France, quel avantage y aura t-il à apprécier en France sa capacité d'après la loi italienne plutôt que d'après la loi allemande ? Cet argument n'est donc pas très convaincant.

Ne mêlons pas enfin la Société des Nations à cette discussion ; cet état possible de fédéralisme dont parlent certains auteurs n'a, pour nous, que la valeur d'une anticipation utopique, à laquelle nous ne pouvons nous associer. « L'avenir de la Société des Nations prête à tant d'incertitudes qu'il serait téméraire, écrit M. Crémieu, d'affirmer, dès à présent, qu'elle peut exercer

(1) Cette idée que la loi nationale a un rôle de protection à remplir a été défendue, rappelons-le, notamment par Pillet, *Traité pratique*, t. I, p. 523, n° 247. — Bartin, *Principes*. — Fiore, *Droit international privé*, p. 85. — Frankenstein, *op. cit.*, *Rec. Cours de La Haye*, 1930, t. III, p. 290. — Crémieu, *op. cit.*, *Rev.*, 1932, p. 345.

une influence sur le développement de la loi du domicile par le déclin des souverainetés nationales ». Ce même auteur fait d'ailleurs observer que malgré l'extension d'une communauté internationale les différences de civilisation qui existent entre les peuples suffisent à justifier le maintien de la compétence de la loi nationale pour tout ce qui concerne le statut de l'individu et de la famille (1).

Les arguments tirés de l'immigration et l'apatridie sont très à la mode, surtout en France, pays d'immigration et de refuge ; aussi méritent-ils d'être examinés plus particulièrement du point de vue français.

En ce qui concerne les apatrides, nous avons admis qu'en l'absence d'une loi normalement compétente, il y avait lieu de donner compétence à la loi du domicile, qui est appelée, dans ces conditions, à remplir une fonction supplétoire (1).

Mais pour ce qui est des immigrants, ce n'est pas une solution satisfaisante, croyons-nous, que de leur appliquer la loi de l'Etat dans lequel ils ont transporté leur domicile (2).

Tout d'abord, du point de vue de cet état qui les a reçus, il n'y a pas lieu, semble-t-il, de leur assurer les bienfaits de la loi locale, alors qu'ils n'en supportent pas les charges. Il n'est pas certain qu'en les soumettant aux lois de leur domicile, on accélère leur assimilation. Mieux vaut attendre qu'ils demandent leur naturalisation.

En outre, cette solution a une contre-partie à laquelle nous ne pouvons souscrire : les nationaux qui s'expatrient ne seront plus régis par leur loi nationale. Peu importe, dit-on, du moins en ce qui concerne la France où il y a plus d'immigrants que d'émigrants. Mais est-ce une question de pure arithmétique ? L'État français a-t-il un véritable intérêt à soumettre aux lois

(1) V. *supra*, p. 89.

(2) M. Crémieu, partisan de la loi nationale, concède cependant que l'on pourrait soumettre à la loi du domicile les étrangers *fixés à demeure* (*Rev.*, 1932, p. 346). Mais que doit-on entendre par étrangers fixés à demeure ? Cette concession soulève des difficultés pratiques qui nous amènent à rejeter cette concession à la loi du domicile.

de la famille française des étrangers qui retourneront peut-être un jour dans leur patrie, et à se désintéresser des familles françaises établies temporairement à l'étranger ? (1). Nous ne le pensons pas.

Enfin et surtout, à supposer le nouveau principe bon pour la France, il ne sera certainement pas accepté en Italie (2), en Pologne, en Allemagne, pays d'émigration qui fournissent à l'heure actuelle un contingent important d'émigrants dont bon nombre viennent résider en France. Dès lors, modifier aujourd'hui l'article 3 du Code civil, c'est sans doute mettre le droit international privé français d'accord avec les conceptions anglo-saxonnes, mais c'est également le mettre en contradiction avec les règles de conflits de lois suivies actuellement en Italie, en Pologne, en Allemagne, dont de nombreux ressortissants émigrent en France. L'application qui leur serait faite du droit français ne serait certainement pas reconnue dans leur pays d'origine, si bien qu'en définitive introduire du jour au lendemain le principe du domicile dans le droit international privé français serait non pas un progrès, mais bien plutôt un recul au point de vue international, et en tout cas une source de difficultés plus grandes que celles dont nous avons à connaître pour l'instant.

Une réforme isolée ne nous paraît pas désirable ; on pourrait à la rigueur songer à faire du domicile la base d'une convention internationale sur le statut personnel. Mais encore faudrait-il démontrer auparavant la supériorité du critère du domicile, et c'est là une démonstration qui reste encore à faire.

* * *

En définitive, aucun des arguments invoqués pour faire de la loi du domicile la loi de compétence normale en matière de statut personnel n'est sans réplique.

(1) V. à ce sujet, M. Travers, *De la remise en vigueur des Conventions de La Haye sur le mariage, le divorce et la tutelle, Cl.*, 1915, p. 792 et s.

(2) Cavaglieri, *Les règles de droit international privé de l'école italienne. Rev.*, 1930, p. 397 et s.

D'ailleurs à supposer que l'argumentation dont nous venons de faire le procès apparaisse à d'autres plus convaincante qu'elle ne nous est apparue, encore faudrait-il que le lien domiciliaire l'emportât sur la nationalité, au double titre suivant, qu'il fût stable et aisé à déterminer.

Or on ne peut guère songer à contester bien sérieusement que la nationalité soit beaucoup plus stable que le domicile (1). Le changement de nationalité implique nécessairement une intervention de l'Etat ; il suit de là qu'il est plus difficile à réaliser, plus indépendant de la volonté de l'individu que le simple changement de domicile. Etant plus stable, il est plus normal que la loi nationale joue le rôle de loi personnelle. « La loi la plus qualifiée est celle qui est la plus stable » (2).

En donnant compétence à la loi nationale, on coupe court aux fraudes à la loi bien faciles, qu'autorise la compétence de la loi du domicile. Rappelons sur ce point l'abondance de la jurisprudence américaine et les mesures dont a fait l'objet l'Uniform Annulment of Marriage and Divorce Act pour endiguer la fraude à la loi par changement de domicile en notre matière (3).

La détermination de la nationalité est chose malaisée, nous ne songeons nullement à le contester ; il est très certain que la variété législative existant sur la nationalité est telle qu'il est impossible d'en donner une notion précise et concrète ; de nombreux éléments entrant dans sa constitution ; on se borne à dire de la nationalité qu'elle est le lien juridique qui unit l'individu à l'Etat. Et cette diversité des droits positifs est à l'origine des conflits de lois, négatifs et positifs qui se produisent fréquemment quand il s'agit de déterminer la nationalité d'un individu (4).

(1) Crémieu, *eod. loc.*. — V. de Magalhaès, *op. cit.*, p. 30 qui note que si le relâchement des liens qui unissent l'individu à sa patrie est un motif d'adoption du domicile, ce même fait contribue à lui faire perdre de l'importance, puisque la facilité des déplacements favorise son changement. *Contra* : Lerebours-Pigeonnière, *op. cit.*, *Cl.*, 1924, p. 889.

(2) Crémieu, *op. cit.*, *Rev.*, 1932, p. 345.

(3) V. *supra*, p. 330.

(4) V. à ce sujet, *Répert. de D. I. P.*, t. 9, v° *Nationalité*, par J. Maury, n°s 84 et s.

La notion du domicile est-elle plus claire que celle de nationalité ? Est-il plus facile de déterminer le domicile que la nationalité d'une personne ? Nous ne le pensons pas.

Sans doute est-on d'accord pour dire du domicile qu'il constitue le lien par lequel un individu est rattaché juridiquement à un lieu déterminé ; mais l'uniformité s'arrête là. La nature même du domicile varie avec les législations, et de ce fait les conditions dont dépendent son acquisition son changement ou sa perte diffèrent d'un pays à l'autre. Certaines de ces législations font du domicile un concept « intellectuel et fictif » ; c'est le lieu où la personne a sa résidence avec l'intention de s'y fixer ; c'est-à-dire accompagnée de l'*intentio manendi*; cette conception subjective du domicile est notamment celle du droit français. D'autres en donnent à l'inverse, une définition purement concrète : le domicile est le lieu où la personne a son principal établissement, autrement dit le centre de ses affaires. C'est la définition anglaise du terme.

Cette variété d'acceptions se complique d'une variété d'expressions, le domicile étant souvent confondu avec la simple résidence ou la résidence habituelle. Mais ce qu'il importe surtout de noter, c'est que, en droit positif, les législations accordent une importance plus ou moins grande aux éléments constitutifs du domicile et qu'elles se montrent plus ou moins exigeantes sur les conditions à réunir pour son acquisiotin ou sa perte ; ainsi, nous avons vu précédemment que le domicile d'origine en droit anglais peut subsister malgré le transfert du principal établissement ; cette survivance du domicile d'origine n'est pas admise en droit français.

Les divergences qui existent entre les lois positives sur la notion du domicile ont leur répercussion sur le plan du droit international : elles donnent naissance à des conflits de lois pour la solution desquels il n'existe aucune règle uniforme. Le conflit pourra être négatif ; un individu est tenu pour non domicilié sur leur territoire par les lois de tous les pays auxquels il prétend se rattacher par le domicile ; il ne satisfait nulle part aux conditions exigées pour l'acquisition d'un domicile. Il sera alors

réputé sans domicile au même titre qu'il existe des apatrides. Mais le conflit pourra également être positif, en ce sens que deux ou plusieurs Etats considéreront un même individu comme étant domicilié sur leur territoire respectif. Il en sera ainsi quand un tribunal devra déterminer le domicile d'un individu qui n'est pas un national ou qui est absent du territoire. Pourront alors être en conflit les législations suivantes : loi nationale de l'intéressé, loi tribunal saisi, lois du ou des pays où l'individu pourrait par sa présence être considéré comme domicilié. Si ces lois déterminent chacune le domicile d'une façon différente, il va falloir déterminer celle qu'il faut appliquer, autrement dit préciser quelle est la loi applicable à la détermination du domicile.

Or il existe à cet égard les plus grandes incertitudes, tant en doctrine qu'en jurisprudence, où s'affrontent plusieurs systèmes, qui ont chacun leurs partisans ; sans entrer dans l'examen de ces théories, indiquons que les solutions proposées donnent respectivement compétence à la loi choisie par les parties (système de l'autonomie de la volonté), à la loi nationale, à la loi territoriale, à la *lex fori* (1).

A l'inverse, certains auteurs qui ne croient pas à la possibilité d'une solution d'ensemble ont défendu la compétence de la loi qui est la plus indiquée pour régir le rapport de droit envisagé (2). Tout récemment M. Levasseur, partant de cette constatation que chronologiquement le problème de la détermination de son emplacement ne vient qu'après lui et à cause de lui, propose de laisser à l'autorité qui fait du domicile une condition nécessaire à l'obtention d'un droit... de définir ce qu'elle entend par domicile. Il résume son système dans cette formule : « c'est

(1) Ces systèmes sont analysés notamment par Levasseur, *La détermination du domicile en droit international privé*, p. 52 et s. — Cassin, *op. cit., Rec. des Cours de La Haye*, 1930, t. 4, p. 676 et s. — Arminjon, *Conflits de lois en matière de domicile, Rev.*, 1932, p. 613. — de Magalhaès, *op. cit., Rec. des Cours de La Haye*, 1928, t. 3, p. 122 et s. — Villaret, *De la notion de domicile en droit international privé*, Th. Aix, 1931, p. 88 et s. ; *Répert. de D. I. P.*, t. V, v° *Domicile*, par Sophie Grinderg, n°s 77 et suivants.

(2) A. Rolin, *Principes*, t. I, p. 650. — Donnedieu de Vabres, *Evolution de la jurisprudence en matière de conflits de lois*, p. 515, n. 4.

la loi qui a déterminé l'effet du domicile qui seule doit en déterminer le lieu » (1).

Que conclure, en présence d'opinions aussi partagées, sinon que la détermination du domicile constitue un problème bien délicat, aussi complexe en tout cas que peut l'être la détermination de la nationalité ? Sans doute, n'est-il pas impossible de réaliser à cet égard un accord international, analogue à celui qui a été, le 12 avril 1930, signé à La Haye, en vue de prévenir et de résoudre les conflits positifs et négatifs de nationalités. Mais, effective dans l'Amérique du Sud entre les Etats signataires du Code Bustamante dont l'article 22 donne compétence à la loi territoriale, cette entente reste encore à l'état de projet dans les pays d'Europe ; certes, des efforts ont été tentés en ce sens ; un avant-projet de convention a été établi en 1928 par M. de Magalhaès, mais ce texte n'a pas encore, à notre connaissance, fait l'objet d'un examen définitif ; par ailleurs, d'ores et déjà, des critiques lui ont été adressées par ceux qui combattent le système de la loi territoriale, système qu'il consacre dans un article 12.

En définitive nous pensons que l'adoption de la loi du domicile comme critère de solution des conflits de lois pour toutes les matières qui relèvent du statut personnel ne s'impose pas avec une supériorité telle qu'il faille abandonner à son profit la compétence de la loi nationale. Les arguments invoqués pour étendre la compétence de la loi du domicile ne nous paraissent pas irréfutables ; par ailleurs, nous trouvons plus de stabilité dans la nationalité que dans le domicile ; enfin, quel que soit le critère adpoté, il est, croyons nous, aussi difficile de déterminer, le cas échéant, le rattachement d'un individu à un lieu que sa sujétion à un Etat.

Aussi concluons-nous que la substitution du domicile à la nationalité comme élément déterminateur du statut personnel ne paraît s'imposer à aucun titre. Plus spécialement en matière de divorce et de séparation de corps, nous estimons qu'il con-

(1) Levasseur, *op. cit.*, p. 94.

vient de maintenir, sous les réserves que nous avons précédemment indiquées, la compétence de la loi nationale. Au surplus, les motifs que l'on invoque en faveur d'une extension de la compétence de la loi du domicile nous apparaissent ainsi qu'à d'autres (1) essentiellement temporaires et nous ne pensons pas que le regain d'actualité dont jouit pour le moment le système de domicile soit le signe prochain de son adoption comme critère de statut personnel.

(1) M. DE MAGALHAÈS, écrit notamment que « les motifs invoqués pour maintenir la loi du domicile vont perdant peu à peu de leur importance et que « cette loi ne paraît pas devoir gagner du terrain dans la solution des relations juridiques et des conflits de lois d'ordre international » (*op. cit.*, p. 14 et 30).

Vu :
Strasbourg, le 8 juin 1934.
Le Président de thèse :
M. NAST.

Vu :
Strasbourg, le 8 juin 1934.
Le Doyen de la Faculté :
J. DUQUESNE.

Vu et permis d'imprimer :
Strasbourg, le 8 juin 1934.
Le Recteur de l'Académie,
Président du Conseil de l'Université,
J. DRESCH.

LISTE CHRONOLOGIQUE DES DÉCISIONS DE JURISPRUDENCE CITÉES AU COURS DE L'OUVRAGE

I. — DÉCISIONS FRANÇAISES

A. Cour de cassation.

1860, 28 février. Civ. 161
1875, 5 mai. Civ. 100
1878, 24 juin. Req. 100
1878, 15 juillet. Civ. 162
1882, 22 février. Civ. 100
1894, 18 juillet. Req. 41
1895, 12 février. Req..... 41, 67
1905, 29 mai. Civ. 61
1905, 30 octobre. Civ. .. 41, 59, 67
1910, 1er mars. Req. 101
1910, 3 avril. Civ..... 279
1911, 20 juillet. Req. 64
1922, 28 juin. Req. 85
1922, 6 juillet. Civ. 77, 150, 236, 245
1926, 5 juillet. Req..... 73, 74
1928, 14 mars. Civ. 78, 246

B. Juridictions inférieures.

1824, 20 août. Paris 161
1843, 28 mars. Paris 161
1845, 7 janvier. Poitiers 161
1859, 4 juillet. Paris 161
1873, 15 février. Marseille 90
1873, 3 juillet. Aix 90
1876, 10 mars. Seine 199
1876, 17 juillet. Paris 240
1877, 6 janvier. Douai 162
1877, 31 janvier. Seine 200
1877, 30 juin. Paris 200
1878, 28 août. Seine 200, 241
1880, 15 avril. Amiens 162
1882, 4 février. Seine 241
1882, 7 février. Seine 51
1883, 24 avril. Seine 51
1885, 7 janvier. Seine 242
1887, 23 février. Lyon 149
1887, 6 avril. Rouen 241
1891, 18 février. Alger 41
1891, 10 mars. Seine 241
1891, 27 juillet. Seine 41
1892, 27 janvier. Alger 241
1892, 21 mars. Tunis 77
1893, 20 février. Seine 281
1893, 2 décembre. Alger. 236, 241
1894, 10 janvier. Nice 241
1894, 12 mai. Paris 77
1896, 3 janvier. Seine 198
1896, 19 février. Alger 241
1896, 18 juin. Seine 241
1896, 2 août. Dieppe 42, 101
1896, 9 décembre. Nice 242
1897, 21 mai. Seine 41, 92
1897, 30 juin. Rouen 102, 146
1897, 29 juillet. Seine 241
1897, 13 décembre. Alger 241
1898, 7 mars. Alger 68
1898, 14 juin. Bayonne 41
1898, 13 décembre. Seine . 149, 280
1898, 21 décembre. Narbonne.. 241
1899, 22 mars. Tunis 103
1900, 19 février. Montpellier.. 242
1900, 23 mai. Seine 147
1900, 30 juin. Béziers 41
1901, 6 février. Seine 52
1901, 5 mars. Seine 61
1901, 5 mars. Seine 61
1901, 11 juin. Seine 51, 150
1901, 10 juillet. Seine 52
1901, 18 novembre. Seine 52, 103, 144
1901, 28 novembre. Nantes ... 91
1902, 21 février. Marseille 149
1902, 22 février. Seine 103
1902, 17 mars. Paris 61
1902, 14 mai. Paris 51, 150
1902, 1er juillet. Seine ... 234, 241
1903, 7 avril. Cour Paris.. 234, 241
1903, 9 juillet. Aix 84
1904, 9 mars. Paris 58
1904, 5 mai. Dieppe 236
1904, 16 juillet. Paris 103
1904, 29 novembre. Seine 281
1905, 19 juin. Dieppe 243
1905, 10 août. Seine 162
1905, 10 novembre. Epernay.. 243
1906, 21 mars. Amiens .. 150, 243
1906, 10 mai. Blois 149

1906, 7 juin. Alger 91, 280
1906, 8 août. Seine 41, 107
1906, 26 octobre. Seine 279
1907, 26 février. Seine 41
1907, 14 mai. Bône 244
1907, 27 juin. Marseille 243
1907, 11 décembre. Tunis 280
1907, 30 décembre. Paris 41
1908, 30 janvier. Paris ... 41. 107
1908, 10 avril. Seine 280
1908, 7 mai. Seine 104
1908, 7 mai. Marseille 41, 64
1909, 29 mars. Nice, ..77, 150, 211
1909, 28 juin. Pau 77
1910, 21 juin. Paris 64
1910, 28 juin. Seine 236, 243
1910, 31 octobre. Paris.... 64, 279
1911, 10 janvier. Seine... 236, 243
1911, 9 mai. Seine 64
1911, 21 juin. Boulogne 211
1911, 13 juillet. Seine 64
1911, 26 octobre. Paris 243
1911, 18 novembre. Seine 64
1911, 22 décembre. Lyon 151
1911, 27 décembre. St-Etienne. 42
1912, 4 mars. Seine 279
1912, 1er décembre. Paris 91
1912, 26 décembre. Paris 64
1913, 20 janvier. Seine 64
1913, 11 février. Seine 97, 104
1913, 11 mars. Seine 64
1913, 13 mars. Seine 279
1913, 15 avril. Seine 280
1913, 25 avril. Paris 243
1913, 28 juin. Seine 52
1913, 25 novembre. Paris 91
1914, 26 janvier. Paris 64
1914, 9 avril. Seine 280
1914, 7 juillet. Seine 236, 244
1915, 25 janvier. Pau 244
1915, 2 décembre. Sousse.. 236, 244
1915, 8 décembre. Seine. 98, 105, 280
1916, 2 juillet. Lyon 245
1918, 28 février. Paris 85
1918, 2 mai. Seine 51
1918, 11 juillet. Seine.. 52, 202, 279
1918, 15 juillet. Toulouse..... 189
1919, 5 mai. Seine 173
1919, 12 juin. Bordeaux 64
1920, 18 mars. Montpellier 173
1920, 20 avril. Compiègne 236
1920, 20 juillet. Seine .. 51, 149, 150
1920, 10 novembre. Paris 85
1920, 19 novembre. Seine 281
1920, 20 novembre. Seine 73
1920, 8 décembre. Tunis 244
1920, 11 décembre. Orange 281
1920, 17 décembre. Paris 147
1921, 17 janvier. Nice 244
1921, 16 février. Amiens 236
1921, 11 juin. Seine 64
1921, 9 décembre. Seine 64
1921, 24 décembre. Seine 64
1922, 1er mars. Tunis 245
1922, 23 mars. Paris 69
1922, 17 juin Nancy 67
1922, 30 juin. Sousse 282
1922, 23 novembre. Seine 162
1923, 14 juin. Boulogne 209
1923, 26 juin. Nice 41, 175
1923, 17 novembre. Le Havre. 105
1924, 24 janvier. Aix 41, 175
1924, 29 janvier. Douai 68
1924, 31 janvier. Seine 236
1924, 31 janvier. Lyon 247
1924, 6 février. Seine 51
1924, 13 février. Strasbourg ... 65
1924, 2 avril. Tunis 247
1924, 5 juin. Draguignan 247
1924, 11 juin. Tunis 247
1924, 23 juin. Nice 247
1924, 12 décembre. Lyon 247
1925, 4 mars Lyon 247, 261
1925, 7 avril. Colmar 41
1925, 28 avril. Seine 279
1925, 25 novembre. Marseille .. 162
1925, 14 décembre. Boulogne-sur-Mer 107, 147
1926, 19 janvier. Seine ... 105, 281
1926, 5 février. Boulogne-sur-Mer 108, 148
1926, 26 mars. Douai 108
1926, 30 avril. Paris 64, 148
1926, 19 mai. Seine 51
1926, 8 juillet. Seine 90
1927, 18 février. Nîmes 247
1927, 19 juillet. Colmar 70
1927, 21 juillet. Seine 247
1927, 25 oct. Nice 247
1928, 10 janvier. Colmar 247
1928, 23 janvier. Aix 196, 247
1928, 29 mars. Seine 93
1928, 31 mars. Seine 93
1928, 21 avril. Seine 90
1928, 2 mai. Alger 280
1928, 30 mai. Nice 64, 147
1928, 3 décembre. Aix 247
1929, 2 janvier. Lyon 247
1929, 26 février. Limoges 247
1929, 15 avril. Nîmes 247
1929, 21 mai. Rabat 68
1929, 15 juillet. Seine 52, 202
1930, 24 mars. Paris 53, 202
1930, 28 mars. Seine 67
1930, 23 mai. Pau 109
1930, 2 juin. Seine 67
1930, 11 juin. Paris 150
1930, 11 juillet. Paris 247
1930, 25 juillet. Seine 202
1930, 29 octobre. Strasbourg.. 70
1930, 19 novembre. Strasbourg. 41
1931, 20 mai. Metz 70
1931, 21 octobre. Marseille 105
1931, 20 novembre. Boulogne-sur-Mer 247
1932, 6 juin. Douai 247
1932, 24 juin. Fontainebleau.. 106
1933, 1er mars. Paris 110
1933, 27 avril. Seine 282
1933, 11 mai. Seine 282, 292

II. — DÉCISIONS ÉTRANGÈRES

A. Allemagne.

1900, 13 décembre. Reichsgericht 44, 77, 113
1901, 30 avril. Reichsgericht.. 154
1902, 23 octobre. Reichgsgericht 154
1903, 12 oct. Reichsgericht 44, 154
1903, 17 déc. Reichsgericht. 44, 154
1905, 23 janvier. Reichsgericht. 153
1907, 19 oct. Reichsgericht. 89, 205
1912, 15 février. Reichsgericht. 172
1920, 19 avril. Reichsgericht .. 54

1901, 4 juillet. Berlin 77
1901, 20 sept. Kammergericht. 113
1903, 20 oct. Kammergericht.. 53
1905, 31 mars. O. L. G. Stuttgart 44, 155
1905, 7 avril. Hambourg 172
1906, 19 décembre. Hambourg. 113
1909, 16 février. Kammergericht..... 53
1911, 13 mars. Kammergericht 153, 172
1912, 6 novembre. Hambourg. 113
1914, 10 janvier. Hambourg .. 44
1920, 12 novembre. O. L. G. Dusseldorf 44, 155
1921, 22 avril. Munich 44
1921, 14 octobre. Rostock 77
1923, 28 février. Kiel 44
1925, 15 octobre. Celle 114
1931, 24 janvier. Kiel 114

B. Angleterre.

1859, Dolphin *c.* Robin 319
1868, Shaw *c.* Gould 319
1869, Udny *c.* Udny. Chambre des Lords 301
1871, Manning *c.* Manning 313
1870, Shaw *c.* Attorney General 319
1872, Wilson *c.* Wilson ... 312, 313
1878, Niboyet *c.* Niboyet 312
1878, Firebrace *c.* Firebrace .. 318
1880, Harvey *c.* Farnie 320
1895, Le Mesurier *c.* Le Mesurier. Chambre des Appels 312
1897, Russel *c.* Russel. Chambre des Lords 307
1898, Armitage *c.* Armitage... 313
1904, Williams *c.* Attorney Geral 302
1906, Bater *c.* Bater 320
1906, Armitage *c.* Attorney General 322
1908, Coke *c.* Coke 321
1910, Cass. *c.* Cass. 323
1911, Ramos *c.* Ramos 315
1913, Stathatos *c.* Stathatos .. 314
1913, de Montaigu *c.* de Montaigu 314
1914, Perrin *c.* Perrin 316
1916, Uhlig *c.* Uhlig 313
1917, Mir Anwareddin 321
1918, Anghinelli c. Anghinelli . 317
1919, Krauss *c.* Krauss 313
1921, Keyes *c.* Keyes et Gray. ..... 313 et 324
1922, Powell *c.* Powell. Probate Divose and Admiralty Division 307
1923, Ward *c.* Ward 316
1923, Princess Neledinsky *c.* Meletzky 321
1924, Lee *c.* Lee 324
1924, Rudd *c.* Rudd 321
1924, Eustace *c.* Eustace 316
1924, Sasson *c.* Sasson 321
1926, 21 mai. Davidson *c.* Annesley. Chancery Division ... 303
1927, Fleming *c.* Horliman 302
1927, Delaporte *c.* Delaporte .. 321
1930, Ross *c.* Ellison 303
1931, Inverclyde *c.* Inverclyde. 313

C. Autriche.

1880, 30 novembre. Cour Suprême d'Autriche 82
1884, 18 octobre. Cour Suprême d'Autriche 87
1896, 20 octobre. Cour Suprême d'Autriche..... 82
1897, 25 janvier. Cour Suprême d'Autriche 170
1904, 5 juillet. Cour Suprême d'Autriche..... 170
1904, 8 novembre. Cour Suprême d'Autriche 82
1905, 11 janvier. Trib. supérieur Vienne 55, 82
1906, 21 février. Cour Suprême d'Autriche 170
1907, 11 juin. Cour Suprême d'Autriche..... 204

D. Belgique.

1881, 19 février. Bruxelles.... 112
1181, 14 mai. Bruxelles..... 112
1882, 19 janvier. Cass..... 45
1882, 9 mars. Cass. 112
1887, 30 juillet. Bruxelles.... 152
1889, 17 avril. Bruxelles..... 45
1894, 1er décembre. Bruxelles. 112
1895, 16 mars. Anvers..... 112
1898, 24 décembre. Bruxelles. 112
1901, 21 janvier. Anvers..... 112
1904, 17 décembre. Bruxelles.. 112
1905, 25 mars. Bruxelles..... 64
1909, 9 février. Anvers 45
1913, 17 juillet. Bruxelles..... 172
1914, 9 février. Bruxelles..... 45
1921, 13 juillet. Bruxelles..... 45
1922, 15 mars. Bruxelles..... 45
1922, 29 nov. Bruxelles..... 112
1923, 3 janvier. Bruxelles..... 152

1923, 2 mai. Bruxelles 283
1924, 18 novembre. Charleroi.. 112
1925, 31 janvier Bruxelles. 93, 283
1927, 8 janvier. Bruxelles..... 59
1927, 1er décembre. Bruxelles.. 45
1928, 4 juin. Bruxelles..... 112
1928, 16 juin. Bruxelles.... 65, 67
1928, 27 juin. Bruxelles..... 249
1928, 28 juin. Mons..... 250
1928, 3 juillet. Nivelles..... 283
1928, 8 juillet. Mons..... 250
1929, 21 mars. Liège..... 67
1929, 9 juillet. Bruxelles 45
1929, 8 novembre. Liège..... 251
1930, 25 juin. Bruxelles.... 68, 69
1931, 2 février. Liège..... 251
1931, 20 mai. Bruxelles..... 249

E. Etats-Unis.

1900, Streitwolf. U. S. Supreme Court 335
1900, Bell *c.* Bell. U. S. Supreme Court 335
1901, Atherton. U. S. Supreme Court 336
1902, Andrews. U. S. Supreme Court 335
1902, 25 février. Festetics de Tolna. Cour de Californie 330
1905, Harding *c.* Harding. U. S. Supreme Court 337
1906, Haddock *c.* Haddock. U. S. Supreme Court 337
1912, Thompson *c.* Thompson. U. S. Supreme Court..... 336
1912, Kapigian *c.* der Minassian. Cour de Massachussett..... 338
1914, Gillepsie *c.* Gillepsie. Cour de Connecticut 338
1916, Perkin *c.* Perkin. Cour de Massachussett 337
1919, Tiedermann *c.* Tiedermann. Cour de New-York. 338
1923, Gould *c.* Gould. Cour de New-York 338
1927, Spiclmann. Cour de Washington 330
...., *Cheever c. Wilson.* U. S. Supreme Court. 329, 335

F. Italie.

1884, 12 mars. Ancône..... 155
1884, 22 novembre. Rome.... 165
1887, 29 novembre. Milan..... 165
1894, 7 juin. Gênes..... 155
1897, 2 juin. Milan..... 155
1898, 12 avril. Modène..... 165
1898, 30 juin. Milan..... 155
1898, 9 juillet. Milan..... 155
1898, 24 novembre. Milan..... 155
1900, 21 novembre Turin, cassation 47, 157, 166, 208
1902, 5 février. Milan..... 155
1902, 21 février. Venise..... 165
1902, 13 mai. Florence... 165, 208
1902, 6 décembre. Florence. 47 165, 208
1903, 3 juil. Cour Lucques. 165, 208
1905, 14 novembre. Florence.. 165
1905, 30 juin. Messine..... 47
1906, 3 août. Venise..... 166
1906, 21 novembre. Milan. 78, 254
1907, 26 février. Casale..... 166
1908, 5 décembre. Catane..... 167
1911, 21 juin. Bologne. 166, 208, 211
1911, 30 décembre. Rome. 166, 208
1912, 3 juin. Gênes..... 53, 167
1912, 28 juin. Florence..... 167
1912, 13 déc. Conseil d'Etat... 210
1912, 22 juillet. Turin..... 208
1913, 30 janvier. Venise..... 166
1913, 24 nov. Palerme.... 53, 167
1913, 11 décembre. Florence... 167
1913, 26 décembre. Décret du Ministère de l'Intérieur..... 210
1916, 7 décembre. Milan..... 209
1917, 9 octobre. Venise..... 166
1918, 2 avril. Cour Rome..... 208
1919, 6 juin. Cassation Turin 209, 254, 260
1919, 13 novembre. Cassation Rome 208, 254, 260
1920, 5 janvier. Naples..... 116
1920, 25 février. Cour Naples. 208
1920, 30 juin. Cour Casale..... 209
1920, 24 novembre. Milan..... 208
1921, 3 mars. Milan 92
1921, 11 avril. Cour Turin..... 208
1921, 29 juillet. Palerme..... 208
1921, 21 déc. Lucques... 167, 208
1922, 14 mars. Parme ... 167, 208
1922, 7 juin. Cour Milan..... 209
1922, 1er août. Turin..... 208
1923, 20 novembre. Aquilée... 166
1922, 30 novembre. Rome..... 209
1923, 23 janvier. Rome..... 209
1923, 10 mars. Florence.. 209, 254
1923, 19 mai. Cour Ancône.... 209
1923, 24 mai. Gênes..... 209
1924, 11 février. Péronne..... 167
1924, 30 juin. Turin..... 166
1924, 30 juillet. Turin..... 166
1925, 14 juillet. Gênes..... 208
1925, 23 octobre. Bari..... 167
1927, 7 avril. Cassation Rome.. 53
1927, 30 juin. Milan..... 166
1927, 30 décembre. Gênes..... 157
1928, 8 mars. Venise..... 54
1928, 3 avril. Cassation Rome. 209
1928, 13 avril. Aquilée..... 167
1928, 15 mai. Cass. 167
1928, 4 juin. Cour Messine.... 209
1929, 5 février. Gênes..... 157
1929, 12 mars. Rome..... 166
1929, 28 juin. Naples..... 209
1929, 29 juillet. Turin... 53, 254
1930, 26 février. Trente.. 169, 210

1930, 15 juin. Rome 169
1930, 26 juin. Rome..... 168, 210
1930, 21 juillet. Naples..... 169
1930, 10 novembre. Trieste.... 169
1930, 22 décembre. Trieste.... 53
1931, 8 avril. Cass..... 169
1931, 24 avril. Turin..... 209
1932, 8 juin. Cass..... 209
1932, 20 octobre. Milan..... 167

G. Suisse.

1900, 3 mai. Tribunal Fédéral.. 115
1908, 28 novembre. Genève.... 50
1910, 9 décembre. Zurich..... 115
1913, 8 février. Cour de Justice civile 115
1914, 10 juin. Zurich..... 115
1914, 9 juillet. Tribunal Fédéral 252
1916, 10 oct. Winterthur..... 252
1917. 6 décembre. Tribunal Fédéral 252
1920, 27 novembre. Tribunal Fédéral 164
1921, 8 juin. Zurich..... 115
1922, 27 janvier. Genève..... 252
1922, 2 mars. Tribunal Fédéral. 252
1922, 23 mars. Tribunal Fédéral. 252
1924, 12 juin. Tribunal Fédéral. 50
1925, 13 mai. Tribunal Fédéral. 50
1928, 15 juin. Trib. Fédéral.... 90
1929, 15 novembre. Tribunal Fédéral 50
1930, 18 juin. Zurich 115
1930, 7 octobre. Zurich..... 115
1932, 3 mai. Tribunal Fédéral. 253

H. Divers.

1883, 14 mai. Jassy..... 48
1901, 9 mai. Bucarest..... 48
1902, 21 février. Stockholm... 55
1906, 24 janvier. Trib. synodal. Barcelone 55,
1907, 13 décembre. Haute-Cour de Justice des Pays-Bas..... 82, 159
1915, 7 avril. Tribunal Suprême de Madrid 170
1915, 4 novembre. Tribunal Suprême fédéral (Brésil)..... 171
1916, 12 août. Tribunal Suprême fédéral (Brésil)..... 170
1919, 2 octobre. Rio de Janeiro. 171
1920, 30 janvier. Trib. supr. Lisbonne..... 55
1922, 24 mars Amsterdam.... 159
1924, 11 janvier. Amsterdam.. 158
1932, 25 septembre. San-Sébastien..... 160
1933, 27 janvier. Tribunal Suprême de Madrid..... 160, 284
...., Trib. de Rosario, sans date (Rev. 1922, 23 p. 634)... 82

TABLE DES NOMS DES PARTIES

de Acevedo *c.* Casanova..... 68
Agoust..... 241
Ahatti *c.* Frezza..... 166
Alandy..... 93
Andrès..... 41, 241
Arnaboldi..... 252
Arnero..... 173
Avoccado..... 41
Back..... 45
Balker..... 112
de Barcia *c.* dame Moreau. 41, 175
Basiliadès..... 72, 73
Bastos..... 280
Beauffremont..... 196, 199, 240
Behr..... 279
Bermann..... 64
Berro *c.* Perrero..... 53
Bianchetti..... 252
Biard..... 198
Bigwood..... 112
Blachig *c.* Bristot..... 247
Bonamici..... 243, 236
Boniechi *c.* Mezaadri..... 209, 254
Bordes..... 241, 242
Bosmelet *c.* D'Argentré..... 241
Botto *c.* Sampini..... 209
Bouru..... 115
Brucco *c.* Combiaso..... 200
Bulkley..... 161
Burdese-Ghigi. 77, 150, 166, 208, 211
Cacitti..... 54
Cahn-Dennery..... 162
Caracorda..... 46, 64
Carmen Fiore *c.* Giovannina Cardinale..... 236, 244
Cattan..... 280
Ceretii..... 241
Chiger..... 64, 148
Colonian..... 279
Colongo..... 241
Coltmann..... 115
Connio *c.* del Vecchio..... 208
Consonno *c.* Henny..... 167
Cori..... 279
Danichewsky..... 280
Delken *c.* Wener..... 208
Delpiazzo..... 53
Depetris..... 196, 234, 247
Didero *c.* Pistoletto..... 247
Digmeloff..... 67
Dirrix *c.* Trawinski..... 283
Domini *c.* Kenk..... 166
Dorozynski *c.* Dorozynski..... 282
Durig..... 244
Dutnall..... 108
Dyer..... 106
Eastabrook..... 42, 101, 236, 243
Edetvallée..... 51
Epstein..... 93
Errico-Bellusi Sesso..... 209
Estevez..... 244
Fajermann..... 70, 71
Ferrari..... 77, 78, 150, 236, 245, 247
Fornaro *c.* Amandolio..... 209
Fossati *c.* Nardi..... 211
Frame..... 107, 147
Frenkel..... 64
Fridherg..... 64
Fritsch..... 149
Forgo..... 99
Fossati *c.* Nardi..... 247
Fryseck..... 91
Galy..... 64, 279
Gabison-Krief..... 282
Gandara (de la)..... 41
Gardiner..... 93
Georgian..... 281
Gerehkow..... 67
Giamninazzi *c.* Polto..... 166
Giglio..... 246
Gillardi..... 91, 243
Goso..... 243
Gourski..... 241
de Grandcourt..... 104
Grant *c.* Grant Scott..... 103
Graffenried..... 236
Gravelle-Desvallées..... 241
Gross..... 50
Guglielmi..... 105, 281
Guicciardini *c.* Mario Mareno. 208
Guillot *c.* Gordon Carr Walter.. 157
Guilivano..... 50
Hamon..... 51, 149, 150
Inglis..... 236
Kaaki..... 279
Kassatkin *c.* Manasséi. 165, 166, 208
Kernot..... 116
Knibloë..... 105
Kohn..... 69
Krimtschansky..... 67
Kühlmann..... 92
Landau *c.* Jahier..... 247

de Luart 53, 202
Lenner 247
Lenthé 41, 67
Levinçon ..... 41, 61 et s.
Lévy-Taieb 280
Libéranome 41
Lisiecky 64, 147
Lories *c.* Miz 249
Lubomirski 252
Mac Bride 41
Machaïn Cueto 53, 202
Malaud 51
de Magalhaès 280
Magnani *c.* de Lorenzi 208
Mancini 246
Manasséi *c.* Kassatkin 208
Mangouby 91
Marozzo *c.* Basso 169, 210
Marrasch 84
Mazziale *c.* Visentini 209
Menabrea 241
Mendelowith 64
Meyer (Baron) 52, 103, 144
Michieli *c.* Francesca 210
Miralès 68
Mondet *c.* Rouxel 282, 292
Montoriol 173
Mosticzker 58, 67
Moussa 279
Muscat 245
Nardus 147
Negro *c.* de Stefani 254
O. *c.* O. 97, 105
Omiccioli *c.* Galbucci 209
Outeniente 236, 241
Orlando *c.* Aducci 209
Pajola 92
Pansini *c.* Jaconelli 167
Pareto *c.* Bakounine 209, 254
Plasse *c.* Magnard 199
Petit-Gax 150, 247
Perlmann 64
Perelli-Paradisi *c.* Bozzoni. 208, 209
Perelli *c.* Benzoni 208
Pératé 52
Péro 149, 280
Pignone-Marchesini 166
Pillen *c.* Elena 166
Pirard *c.* Gorgouzola 251
Pierrattini 241
Rolanco 147
Pressac-Levin 64
Radano *c.* Pellegrino 244
Radrizzani 13
Rainer 244
Raffaële 234, 241
Ramondenc 199
Raugier *c.* Giordanno 247
Restelli *c.* Cariegal 168
Rifflart *c.* Natan 249
Ritter *c.* Miko 45, 172
Rizzo *c.* Romano 167
Rocholl 98, 280
Roneto *c.* Sobrile 209
de Rosa *c.* Leconté 53
Rosario Martinez Milan *c.* Miglicio Chisa 284
Rosali *c.* Bernardin 247
Rosella 241
Rosenbaum 64
Ruiz Vincente 243
Sabbasini *c.* Chiantoni 208
Saccomanni *c.* Cardini 209
Salon 279
Sandberg 108, 148
Savi *c.* Cafaï 245
Sciaky 73, 74
Schille 115
Schisgal *c.* Krijewski 149
Sedgwick 105
Serra 242
Silbermann *c.* Seidenschnur 59
Silverberge *c.* Enders 112
da Silva 55
Soulam 64
Soutié 100
Sornin 51, 150
Stankiewicz 64
Stassi *c.* Simoncelli 208
Stern *c.* Kanarek 45
Stoyanovitch 281
Tamanini *c.* Corio 169, 210
Tarallo 150, 243
Tcherniak 90
Thiele 44, 113
Tibika 280
Titoff 64
Toler 247
Tonrat *c.* Couciat 53
Tournansky 64
Tuesta 41
Turbiani *c.* Galloni 209
Varraziana *c.* Gonzaga 209
Vecchi *c.* Casalini 208
Vergara 68
Vidal 196
Vitorelli 236, 243
Vlamings *c.* André 112
Volpe 236, 244
Wedenisoff *c.* Lombardi 167
Wismeyer 252
Wissotzky *c.* Belliure 165
Zabalza 77
Zamparo *c.* Braïda 166
Zenker 162
Zetchevitch 162

BIBLIOGRAPHIE

I. — ANCIEN DROIT.

Basdevant. — *Des rapports de l'Eglise et de l'Etat dans la législation du mariage du Concile de Trente au Code civil.* Thèse Paris, 1900.

Bouhier.— *Observation de la coutume du duché de Bourgogne.* Dijon, 1787.

Boullenois. — *Démission de biens. Dissertation sur les questions mixtes.*

Brissaud. — *Manuel d'Histoire du droit privé.*

Froland. — *Mémoire concernant la nature et la qualité des statuts*, 1729.

Lainé. — *Introduction à l'étude du droit international privé*, 2 vol.

Lefebvre. — *Histoire de Droit Matrimonial.* Cours de doctorat sur le droit des gens mariés. Paris, 1908.

Mailher de Chassat. — *Traité des Statuts.*

Martin (Olivier). — *La crise du mariage dans la législation intermédiaire*, 1789-1901. Thèse Paris, 1901.

Savigny. — *Traité de droit romain*, t. VIII.

II. — DROIT MODERNE.

A. — Ouvrages généraux et traités de droit international privé.

Aubry et Rau. — *Cours de droit civil*, remis à jour par Bartin, 5e édition.

Arminjon (P.). — *Précis de droit international privé.*

Asser (T. M. C.). — *Eléments de droit international privé*, traduction par Rivier. Paris, 1884.

Audinet (E.). — *Principes élémentaires de droit international privé*, 2e édit., 1906.

Bar (L. von). — *Lehrbuch des internationalen Privat und Strafrechts.*

— *Théorie und Praxis des internationalen Privatrechts.*

Bartin (E.).— *Principes de droit international privé*, 2 vol., 1930 et 1932.

— *Etudes de droit international privé.* Paris, 1899.

Cavaglieri. — *Lezioni di diritto internazionale privato.* Napoli, 1933.

Despagnet et de Boeck. — *Précis de droit international privé*, 5e édition. Paris, 1909.

DICEY.— *A Digest of the law of England with reference to the conflicts of laws*, 4e édition par KEITH.

FIORE (P.). — *Diritto internazionale privato.* Turin, 1903.

FRANKENSTEIN (E.). — *Internationales Privatrecht.*, I et II. Berlin, 1926-1927.

GAUDEMET (E.). — *Cours de droit international privé professé à Strasbourg* (1926-1927).

GOODRICH. — *Conflicts of laws*, 1927.

LEREBOURS-PIGEONNIÈRE. — *Précis de droit international privé.*

LÉVY-ULLMANN. — *Cours de droit comparé* (Doctorat). « La Part de la Doctrine et de la jurisprudence dans le droit anglais contemporain ». Faculté de Droit de Paris, 1930-1931.

MINOR. — *Conflicts of laws.* Boston, 1901.

PILLET (A.). — *Principes de droit international privé.* Paris, 1903.

POULLET. — *Manuel de droit international privé*, 1928.

NIBOYET (J. P.). — *Manuel de droit international privé.* Paris, 1928.

ROLLIN (A.). — *Principes de droit international privé.* Paris, 1897.

SURVILLE.— *Cours élémentaire de droit international privé*, 7e édit., 1921.

STORY. — *Commentaries of Conflicts of laws foreign and domestic.*

UDINA (M.). — *Elementi di diritto internazionale privato italiano.* Rome, 1933.

VALÉRY (J.). — *Manuel de droit international privé.*

WEISS (A.). — *Traité de droit international privé.* Paris, 1912, 2e édition.

WESTLAKE. — *A treatise for private international law*, réédité par Norman BENTWICHT, 7e édition.

ZITELMANN. — *Internationales Privatrech*, 2 vol., 1914, München.

B. — Ouvrages spéciaux. Monographies.

AMBELOUIS. — *De l'effet du changement du statut personnel de l'un des époux, principalement en cas de divorce et de séparation de corps.* Thèse Paris, 1929.

AUDINET. — *Les conflits de lois en matière de mariage et divorce.* Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1926, t. I.

BATIFFOL. — *La capacité civile des étrangers en France.* Thèse Paris, 1929.

BELLOT. — *La théorie anglo-saxonne des conflits de lois.* Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1924, t. II.

BOUSSUS. — *Divorce et séparation de corps des étrangers en France.* Paris, 1931.

BUSTAMANTE (DE).— *Le Code de droit international privé et la sixième conférence panaméricaine.* Traduction GOULÉ. Paris, 1929.

CABY. — *Le Principe de l'indissolubilité du mariage et la séparation de corps en droit italien.* Thèse Paris, 1924.

CALBAIRAC. — *Traité de la nationalité de la femme mariée.* Paris, 1929.

CALEB (M.). — *Principes de l'autonomie de la volonté en droit international privé.* Thèse Strasbourg, 1927.

CASSIN. — *La nouvelle conception du domicile dans le règlement des conflits des lois.* Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1930, t. IV.

COLOMBOS. — *La conception du droit international privé d'après la doctrine et la pratique britanniques.* Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1931, t. II.

DESBOIS. — *La notion de la fraude à la loi et la jurisprudence française.* Thèse Paris, 1927.

DIENA. — *La conception du droit international privé d'après la pratique et la doctrine en Italie.* Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye. 1927, t. II.

FRANKENSTEIN. — *Les tendances nouvelles du droit international privé.* Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1930, t. III.

GOULÉ. — V° *Droit international privé Angleterre, Répertoire de droit international privé*, t. VI.

GUTZWILLER. — *Le développement historique du droit international privé.* Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1929, t. IV.

HEALY. — *Théorie générale de l'ordre public.* Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1929, t. IV.

KUHN. — *La conception du droit international privé d'après la pratique et la doctrine aux Etats-Unis.* Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1928, t. I.

LANEYRIE (R.). — *Le divorce entre époux de nationalités différentes.* Thèse Dijon, 1932.

LEVASSEUR. — *La détermination du domicile en droit international privé.* Thèse Paris, 1931.

LÉVY (Renée). — *Le divorce juif.* Thèse Nancy, 1929.

LIGEROPOULO. — *Le problème de la fraude à la loi.* Thèse Aix, 1928.

LOUIS-LUCAS (P.). — *La nationalité française.*

MAGALHAÈS (DE). — *La doctrine du domicile en droit international privé.* Recueil des Cours de La Haye, 1928, t. III.

MAKAROV. — *Droit international privé soviétique.* Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1931, t. I.

MAURY. — V° *Nationalité. — Répertoire de droit international privé*, t. IX.

OTTOLENGHI. — *La frode alla lege e la questione dei divorzzi fra Italiani naturalizzati all'estero.*

Perroud.— V° *Décisions judiciaires étrangères. Répertoire de droit international privé*, t. V.

Piérard. — *Divorce et séparation de corps.* t. III. Paris, Bruxelles, 1931.

Pillet. — *Théorie continentale des conflits de lois.* Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1924, t. I.

Pontès de Miranda. — *La conception du droit international privé d'après la doctrine et la pratique au Brésil.* Recueil des Cours de La Haye, 1932, t. I.

Potu. — *La question du renvoi en droit international privé.* Thèse Dijon, 1913.

Priou. — *Le divorce et la séparation de corps en droit allemand.* Thèse Paris, 1923.

Renton et Phillimore.—*The Comparative Law of Marriage and Divorce.*

Regis Revol. — *Les divorces de Fiume.* Thèse Aix, 1925.

Richard-Prassinos (Marguerite). — *Le divorce et la séparation de corps dans les principales législations contemporaines et la solution des conflits en cette matière.* Thèse Paris, 1928.

Rotondi. — *Gli atti in frode alla lege.*

Serin. — *Les conflits de lois dans les rapports franco-espagnols en matière de mariage-divorce et séparation de corps.* Thèse Toulouse, 1929.

Simons. — *La conception du droit international privé d'après la doctrine et la pratique en Allemagne.* Recueil du Cours de l'Académie de La Haye, 1926, t. V.

Soifer. — *La jurisprudence française sur le divorce des étrangers soumis à des lois confessionnelles.* Thèse Dijon, 1916.

Travers (Maurice). — *La Convention de La Haye relative au divorce et à la séparation de corps.*

Villaret. — *La notion de domicile en droit international privé.* Thèse Aix, 1931.

Vindry (Noël). — *L'apatridie.* Thèse Aix, 1925.

Wigny (Pierre). — *Essai sur le droit international privé.* Paris, 1931.

Yépes. — *La contribution de l'Amérique Latine au développement du droit international public et privé.* Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1930, t. II.

C. — Articles de revues.

Ancel (M.). — *Le changement de nationalité dans* : « *La Nationalité, dans la science sociale et dans le droit contemporain* », publication de l'Institut de Droit comparé de l'Université Paris, 1933.

Antonesco. — *Observations sur l'avant-projet du Code civil roumain en matière de droit international privé.* Revue, 1933, p. 155.

ARMINJON. — *La fraude à la loi en droit international privé. Clunet*, 1921, p. 62.

— *Conflits de lois en matière de domicile.* Revue, 1932, p. 613.

ASCOLI. — *La frode alla lege*, Riv. di diritto civile, 1917, p. 144.

AUDINET (E.). — V° *Etat et capacité, Répertoire de droit international privé*, t. VII.

— Note sous Civ., 5 février 1929 au Sirey 1930.1.81.

— *De la recevabilité de la demande en divorce intentée par une femme réintégrée dans la nationalité française contre son mari resté étranger. Clunet*, 1923, p. 9.

— *Les Heimatloses et leur condition juridique. Clunet*, 1925, p. 882.

— *Un projet de Code de Droit international privé.* Revue, 1927, p. 1.

— *Du conflit entre les lois personnelles des époux. Clunet*, 1930, p. 319.

— *Le droit international privé dans le projet de réforme du code civil italien. Clunet*, 1932, p. 323.

BABINSKI. — *Le droit international privé en Pologne et la loi du 2 août* 1926. Revue, 1927, p. 463.

BARTIN (E.). — *De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois. Clunet*, 1897, p. 466 et s.

BEVILAQUA. — *Le droit international privé dans la législation brésilienne.* Revue, 1920, p. 321.

BORSELLI (E.). — Note sous Tribunal fédéral suisse, 7 février 1926, dans l'Annuario di diritto comparatoe di studi legislativi, t. II et II. p. 778.

BOSCO (L.). — Ancoro in tema di eseguibilita di sentenze straniere di divorzio dopo il concordato con la Santa Sede. Rivista di diritto internazionale, 1933, p. 38.

BRACKERS D'HUGO. — *La naturalisation en vue de divorcer.* Lois nouvelles, 1932, p. 246.

CAVAGLIERI. — *Les règles de droit international privé de l'école italienne.* Revue, 1930, p. 397.

CHAMPCOMMUNAL. — *L'exclusion du divorce entraîne-t-elle l'interdiction d'épouser des étrangers divorcés* ? Revue, 1921, p. 41.

— *La condition des Russes à l'étranger, spécialement en France.* Revue, 1924, p. 321.

— *Le ménage à nationalités différentes.* Revue, 1929, p. 1 et s.

CLUZEL. — *Le mariage et le divorce confessionnels des étrangers en France. Cl.*, 1909, p. 5 et s.

CRÉMIEU. — Note au Dalloz 1926.2.74.

— *A propos de la nouvelle conception du domicile dans les règlements des conflits des lois*, par R. CASSIN. Revue, 1932, p. 342.

Degand (H.). — V° *Divorce et séparation de corps.* — *Répertoire de Droi international privé*, t. V.

— Note sous Strasbourg, 29 octobre 1930. *Revue juridique d'Alsace et de Lorraine*, 1931, p. 343.

Demontès. — Note au Dalloz 1929.1.65, sous Cass., 14 mars 1928 (aff. Giglio).

Despagnet. — *L'ordre public en droit international privé. Clunet*, 1889, p. 132 et s.

Donnedieu de Vabres. — *L'article 3 du Code civil et de jurisprudence française de 1804 à 1904.* Revue, 1906, p. 684 et s.

Dreyfus (Robert). — *La Convention relative à la nationalité de la femme mariée conclue entre la France et la Belgique. Clunet*, 1930, p. 911.

Droz. — *De l'influence de la Convention de La Haye du 12 juin 1902 sur la question du divorce en France. Clunet*, 1907, p. 19.

Falconbridge. — *Rapport présenté au Congrès de droit comparé de La Haye de 1932.* Rev., 1932, p. 717.

Fedozzi. — *La frode alla lege nei rapporti di diritto internazionale privato.* Riv. italiana per la Scienze giuridiche, 1900, I, p. 354.

Fedozzi (P.). — *Quelques considérations sur l'idée d'ordre public international. Clunet*, 1897, p. 69 et s. et 495 et s.

Fiore. — *Du changement de nationalité opéré en fraude à la loi. Clunet*, 1910, p. 753.

Fortunato. — *Effets juridiques en Italie des jugements étrangers de divorce. Clunet*, 1914, p. 420.

Frankenstein. — *Une doctrine moderne du droit international privé.* Rev., 1932, p. 47 et s.

Gaudemet (E.). — *Chronique de jurisprudence française en matière de droit civil.* Revue trimestrielle de droit civil, 1909, p. 677 (sous Nice, 29 mars 1909) ; 1910, p. 154 (sous Pau, 28 juin 1909) ; 1925, p. 588 (sous Lyon, 4 mars 1925) ; 1928, p. 891 (sous Civ., 14 mars 1928).

Gemma. — *Notes de droit international privé relatives aux réformes législatives italiennes.* Revue, 1930, p. 33.

Hajnal. — *Le droit international hongrois en matière de mariage et de divorce. Clunet*, 1930, p. 891.

Houte (Jean van). — *La Codification des lois sur la nationalité à la II^e Conférence de La Haye.* Rev. de droit international et de législation comparée, 1930, p. 412.

Jordan. — *Portée et limite du principe concernant l'application par les tribunaux français aux étrangers de leurs lois nationales régissant leur statut personnel spécialement en matière de mariage, de divorce et de séparation de corps.* Rev., 1922-1923, p. 373.

KEIDEL. — *Le droit international privé dans le Code civil allemand. Clunet*, 1899, p. 239.

KOSTER. — *La nationalité à la Conférence de La Haye pour la codification du Droit international.* Rev., 1930, p. 412 et s. ; 599 et s..

LAFERRIÈRE. — *Des voies de recours contre les décrets en matière de nationalité.* Revue, 1924, p. 161.

LAINÉ. — *La rédaction du Code civil et le sens de ses dispositions en matière de droit international privé.* Revue, 1905, p. 5.

— *La théorie du renvoi en droit international privé.* Revue, 1906, p. 615-628.

LEGAL. — *Les conflits de lois en Tchécoslovaquie.* Revue, 1930, p. 52.

LEREBOURS-PIGEONNIÈRE. — *Observations sur la question du renvoi. Clunet*, 1924, p. 877.

— Note sous Rabat, 21 mai 1929 (affaire Vergara). D. 1930.2.65.

LEWALD (H.). — V° *Droit international privé de l'Allemagne. Répertoire de droit international privé*, t. VII.

— *La réglementation internationale de l'ordre public sur le terrain des traités internationaux.* Revue, 1928, p. 149.

LOUIS-LUCAS (P.). — *Naturalisation et divorce.* Semaine juridique, 1929, p. 1043. — *Lois nouvelles*, 1932, p. 382.

— V° *Renvoi, Répertoire de Droit international privé*, t. IX.

MORANDIÈRE (de la). — Préface à l'édition commerciale de la thèse Batiffol précitée.

MORILLOT. — *De la conversion en divorce d'un régime de séparation de corps consensuel établi à l'étranger. Clunet*, 1922, p. 545.

NAST. — Note sous Metz, 20 mai 1931. *Clunet*, 1932, p. 169.

NIBOYET. — *La fraude à la loi en droit international privé.* Rev. de D. I. P. et de législation comparée, 1926, p. 485 et s.

— *Rapport fait au nom de la commission du statut des Français en pays étranger et du statut des étrangers en France.* Bulletin de la Société d'Etudes Législatives, 1928, p. 331.

— Note sous Civ., 7 mai 1928 (aff. Giglio). S. 1929.1.9.

OTTOLENGHI (G.). — *De l'effet en Italie des jugements étrangers en matière d'état et de capacité. Clunet*, 1908, p. 760.

PERROUD. — *Le mariage et le divorce dans les législations à caractère confessionnel. Cl.*, 1922, p. 5.

PHILONENKO. — Note au *Clunet*, 1929, p. 468.

PILLET. — *Essai d'un système général de solution des conflits de lois. Clunet*, 1894, p. 434 et 712.

RODRIGO (Octavio). — *Le divorce et le mariage au Brésil au point de vue du droit international privé. Clunet*, 1913, p. 1082.

— *L'Amérique et la codification du droit international privé.* Revue, 1930, p. 633.

Rossi (de). — *Des effets en Italie des jugements étrangers de divorce. Clunet*, 1903, p. 263.

Salvioli. — *Sentenze straniere di divorzio e il Concordato con la Santa Sede.* Riv. di dir. intern. priv., 1932, p. 539.

Simon. — *Divorce et séparation de corps des étrangers domiciliés en Suisse. Clunet*, 1927, p. 618.

Siotto-Pintor. — *Il divorzio degli italiani naturalizzati stranieri*, dans Annali dell'Universita di Perengia, t. I, fascicule I, 1903.

— *Il divorzio dei Italiani naturalizzati stranieri.* Annales de l'Université de Pérouse, nouv. série, t. I, fasc. I, 1905.

Soifer. — *Du divorce des Isréalites russes dans les rapports internationaux. Clunet*, 1917,p. 1299..

Stouniptzky. — *Etudes sur le droit international privé soviétique.* Revue, 1927, p. 418.

Surville. — *Du conflit des lois personnelles. Clunet*, 1912, p. 23.

Trachtenberg. — *Nationalité et statut personnel des Russes résidant en France.* Revue, 1928, p. 167.

Travers (M.). — *De la remise en vigueur des Conventions de La Haye sur le mariage, le divorce et la séparation de corps. Clunet*, 1915, p. 792.

Trias de Bes. — *La nationalité espagnole d'après les dernières dispositions constitutionnelles et législatives du Gouvernement de la République.* Revue de droit international et de législation comparée, 1932, p. 430.

Valéry. — *Du divorce des Italiens qui se sont faits naturaliser à l'étranger. Clunet*, 1918, p. 39.

— *La fin des divorces fiumains. Clunet*, 1924, p. 802.

— *Les accords du Latran et le droit international privé. Clunet*, 1930, p. 289.

Weil (L.). — *Le divorce des Israélites russes en France.* Rev., 1908, p. 761 ; id., 1909, p. 140.

Westlake. — *Note dans l'Annuaire de l'Institut de droit international privé*, 1900, t. 18, p. 168.

RECUEILS, REVUES, PÉRIODIQUES ET LEURS ABRÉVIATIONS

D.	Dalloz, Jurisprudence générale, Recueil périodique.
D. H.	Dalloz hebdomadaire.
	Dalloz, Répertoire pratique et son supplément, notamment v° Séparation de corps.
Clunet ou *Cl.*	Journal de droit international privé.
	Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye (depuis 1924).
Revue ou *Rev.*	Revue de droit international privé, fondée par Darras, continuée par Lapradelle (1905-1933).
	Nouvelle Revue de droit international privé (Lapradelle et Goulé, 1934).
	Revue critique de droit international privé (Niboyet, 1934).
Rev. jur. d'A. I.	Revue juridique d'Alsace et de Lorraine.
Répert. D. I. P.	Répertoire de droit international privé.
Riv. d. dir. intern. priv.	Rivista di diritto internazionale privato.
S.	Sirey, Recueil général des lois et arrêts.

ABRÉVIATIONS DES RECUEILS ANGLO-AMÉRICAINS

A. C.	Appeal Cases English Chancery ; Law Reports Appeal Cases.
Hagg. Eccl.....	Haggard's Ecclesiastical Reports English.
H. L. R	House of Lords Reports.
I. L. R.	Indian Law Reports.
Ir. Ch.....	Irish Chancery Reports.
Ir. R. Eq.....	Irish Reports, Equity Series.
L. R. Eq.	Law Reports, English Equity.
L. R. P. D.....	Law Reports, English Probate and Divorce.
L. T.....	Law Times.
P. D.	English Law Reports, Probate Division (antérieur à 1891.)
P.....	*Id.* (postérieur à 1891).
T. L. R.	Times Law Reports.
U. S.	United States Supreme Courts Reports.

TABLE DES MATIÈRES

Pages

INTRODUCTION 1

PREMIÈRE PARTIE

Le système de la loi nationale en matière de causes de divorce et de séparation de corps.

TITRE I

Le principe de la loi nationale comme loi de statut personnel régissant le divorce et la séparation de corps.

CHAPITRE I. — Les Doctrines en France et à l'Etranger 26

Section I. Théorie de Mancini : Personnalité du Droit 27

Section II. Théorie de Pillet : But social des lois 29

Section III. Théorie de M. Bartin : Droit de l'Etat sur la constitution de la famille 32

Section IV. Théorie de M. Frankenstein : Concept sociologique du rattachement national 34

CHAPITRE II. — Les textes et la Jurisprudence en France et à l'Etranger 39

Section I. Le divorce et la séparation de corps ne sont prononcés que si la loi nationale des époux le permet et seulement pour des causes admises par elle 39

Exposé du système français 40

Aperçu des législations étrangères (Allemagne, Belgique, Brésil, Espagne, Finlande, Hongrie, Italie, Pologne, Roumanie, Suède, Suisse, Tchéco-Slovaquie). 42

Section II. Il n'est donné effet aux jugements étrangers que s'ils se sont conformés au principe de la loi nationale. Exposé de la Jurisprudence française et des solutions étrangères 50

Section III. Consécration du principe par la Convention de La Haye du 12 juin 1902 56

Chapitre III. — Portée du Principe..... 58
Section I. Le divorce est exclusivement religieux..... 60
Section II. Le divorce religieux précède le divorce civil..... 69
Section III. Le divorce civil précède le divorce religieux..... 72
Chapitre IV. — Détermination de la Loi nationale..... 75
Section I. Ménage à nationalités successives..... 75
A) Système de la loi actuelle..... 76
B) Système de la Permanence du premier Statut matrimonial (MM. Pierre Louis-Lucas et R. Laneyrie) 79
Section II. Epoux polypatrides..... 83
Section III. Epoux apatrides..... 87
A) Les deux époux sont apatrides..... 88
B) Un seul des deux époux est apatride..... 90

TITRE II

Des causes de dérogation à la loi nationale des conjoints.

Chapitre I. — Le renvoi..... 96
Section I. Jurisprudence et Droit positif..... 99
Section II. Examen doctrinal..... 116
Chapitre II. — L'ordre public..... 129
Section I. Les Doctrines en France et à l'Etranger..... 130
I. Nature juridique de l'ordre public international..... 135
II. Domaine de l'ordre public..... 140
Section II. L'ordre public international et le prononcé du divorce et de la séparation de corps..... 145
I. Analyse de la Jurisprudence française..... 145
II. Les textes et la jurisprudence à l'étranger..... 151
Section III. L'ordre public international et la reconnaissance des jugements de divorce ou de séparation de corps. 160
I. Pays admettant le divorce..... 161
II. Pays n'admettant pas le divorce..... 164
Section IV. Essai de limitation de l'ordre public international en matière de divorce et de séparation de corps..... 176
I. Ne sont d'ordre public international que les lois qui prohibent ou limitent la faculté de divorcer ou de se séparer 177
II. L'ordre public doit toujours céder devant les droits acquis..... 183

Chapitre III. — La fraude à la Loi 186
Section I. Doctrine et jurisprudence en France 188
I. Examen doctrinal 188
II. Examen jurisprudentiel 196
Section II. Doctrine et jurisprudence à l'étranger 203

TITRE III

Du divorce et de la séparation de corps entre époux de nationalités différentes.

Chapitre préliminaire. — Comment se produit la différence de nationalité entre époux ? 217
I. Effet du mariage sur la nationalité de la femme 218
II. Du changement de nationalité survenu dans la personne de l'un des époux au cours du mariage ... 227
Effets des changements de nationalité du mari sur la nationalité de la femme 228
Du droit pour la femme de changer de nationalité. 233
Chapitre II. — Du divorce et de la séparation de corps entre époux qui ont cessé d'avoir une nationalité commune 239
Section I. Exposé analytique de la jurisprudence française 240
Section II. Aperçu des solutions étrangères 248
Section III. Recherche de la loi rationnellement applicable ... 255
I. Examen de la thèse Ferrari : compétence de la loi nationale du demandeur 256
II. Examen des autres systèmes proposés (loi nationale du mari, loi du domicile matrimonial, thèse du statut matrimonial permanent, dernière loi nationale commune) 265
III. Théorie proposée : système de la loi la plus restrictive 271
Chapitre III. — Du divorce entre époux qui n'ont jamais eu une nationalité commune 277
Section I. Exposé analytique de la jurisprudence française 278
Section II. Aperçu des solutions étrangères 283
Section III. Recherche de la loi applicable 286

DEUXIÈME PARTIE

Le système de la loi du domicile en matière de causes de divorce et de séparation de corps.

Chapitre I. — Application du système dans les pays anglo-saxons 298
Section préliminaire. Théorie anglo-saxonne des conflits de lois en matière de droit des personnes 298

Section II. Les conflits de lois sur les causes de divorce et de séparation de corps d'après la doctrine et la jurisprudence anglaise 303
I. Aperçu de la législation interne..... 304
II. Loi applicable au prononcé du divorce et de la séparation de corps en Angleterre..... 309
III. Effets en Angleterre des jugements étrangers de divorce ou de séparation de corps..... 318
Section III. Les conflits de lois sur les causes de divorce et de séparation de corps d'après la doctrine et la jurisprudence des Etats-Unis..... 325
I. Aperçu de la législation interne..... 326
II. Loi applicable au prononcé du divorce et de la séparation de corps dans un des Etats de l'Union.. 328
III. Effets dans un Etat de l'Union d'un divorce ou d'une séparation de corps prononcé dans un autre Etat ou par un tribunal étranger..... 332
1° Jugements comportant reconnaissance obligatoire 334
2° Jugements susceptibles d'être reconnus en vertu de la « Comity » 337
Chapitre II. — Application du système de la loi du domicile dans certaines législations de l'Europe continentale et de l'Amérique latine 339
Section I. Europe continentale..... 340
I. Danemark 340
II. Norvège 340
III. U. R. S. S..... 342
Section II. Amérique latine..... 346
Conclusion. — *Appréciation critique des deux systèmes*..... 353
Liste chronologique des décisions de jurisprudence citées.. 368
Table des noms des parties..... 373
Bibliographie 375
Recueils, Revues Périodiques et leurs abréviations. — Abréviations anglo-américaines..... 383

680. — Imprimerie Jouve et Cie, 15, rue Racine, Paris. — 6-1934